

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

**REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO: GARANTIA FUNDAMENTAL DO
CIDADÃO E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

**Orientador:
Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO: GARANTIA FUNDAMENTAL DO CIDADÃO E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito, UFPR

Componentes: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Departamento de Direito, UFPR

Prof. Dr. José Antônio Peres Gedieli
Departamento de Direito, UFPR

Prof. Dr. Juarez Freitas
PUC/RS

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta
UTP/PR

Curitiba, 18 de novembro de 2009.

Dedico o trabalho à minha família, Paulo, Paula, Stephanie e Francisco, com todo amor e gratidão, por compartilharem comigo o sonho da vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Sou uma pessoa feliz e realizada. Vivo inventando novos projetos pra minha vida e nesses projetos sempre envolvo todos aqueles estão do meu lado. E sempre conto com o amor, o carinho, o apoio e a dedicação de uma montoeira de gente que acredita que com esses projetos a gente pode ajudar a mudar o mundo...e pode ser feliz...

Agradeço, então, primeiro a Deus, por nos permitir a vida.

Agradeço ao Paulo, meu amor, meu marido, meu companheiro e meu professor, por toda a dedicação e mais, pela nossa vida, pelo nosso passado e pelo futuro que estamos construindo.

Agradeço aos abraços, aos beijos e carinhos sem fim dos meus filhos, Paula, Stephanie e Francisco...como é bom chegar em casa.

Agradeço à minha família grande, à minha mãe Nina (sem ela, nem eu nem a tese existiríamos); à minha sogra Neuza (pelo amor sempre presente); aos meus irmãos: Rozangela (tia-mãe das crianças), Werner (mais conhecido, nos períodos da tese, como o tio babá oficial), Luiz Henrique (mais um tio-babá) e aos meus cunhados, verdadeiros irmãos que a vida me trouxe: Beth, Raul, Placiano e Lauren. E aos meus amados sobrinhos: Débora, Guilherme e Beatriz.

Agradeço de forma muito especial ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, exemplo de vida cotidiano, com quem eu tive a honra de contar na orientação da tese, mas também na orientação da minha vida, pessoal e profissional. Costumo dizer que Deus não me deu a alegria de chamar alguém de pai, mas me compensou com o professor Romeu.

Ao Professor Clèmerson Merlin Clève, não só pelo auxílio sempre presente no Direito Constitucional, mas também por idealizar uma instituição em que jovens professores podem realizar seus sonhos.

Ao meu eterno Professor José Antonio Peres Gediel, pelo exemplo de vida e de magistério que desde o meu segundo ano da graduação me inspira.

Aos meus colegas do escritório Bacellar e Andrade, Renato Andrade, Célio Guimarães, Marcelo Bacellar, Paulo Roberto Ferreira Motta, Célia Folda, Klaus e

Antônio Sérgio, agradeço demais. Foram eles que, segurando meus prazos, fazendo minhas audiências e trocando cotidianamente ideias sobre a tese, me permitiram seguir no período que passou.

Aos funcionários do escritório Bacellar e Andrade, Viviane, Juliana, Jane, Daniel e Israel, pelo apoio. A Sirlene e ao Seu João, agradeço, ainda, pela preocupação e pelo especial cuidado.

Agradeço, também, com muito carinho à Ana Cláudia Finger, Emerson Gabardo e Daniel Hachem, colegas de escritório, companheiros do Instituto, amigos da vida, que foram as minhas grandes vítimas para horas e horas intermináveis de discussões, sempre acrescentando alguma indicação bibliográfica. Ao Daniel agradeço, ainda, pelas traduções.

A Adriana Correa, pelo amor da sua amizade e pelo auxílio nas horas de desespero do doutorado.

Agradeço a Elaine Falcão Silveira, que conheci como estagiária, acompanhei e orientei como aluna e hoje guardo a certeza de tê-la como amiga, por todo o companheirismo que me disponibilizou nessa jornada e por compartilhar comigo o amor pelo Direito Administrativo. A Eduardo Teixeira Silveira agradeço pela paciência em me ceder sua esposa, por tantos e tantos dias, pelas indicações bibliográficas e pelas traduções.

A Raquel Vasconcellos Brambilla e Antonia, presentes de Deus que chegaram na última hora e que, cuidando de mim e especialmente do meu texto, me permitiram terminar...

Aos meus queridos alunos, especialmente aos do “grupo de orientação 2008-2009). Os sábados chuvosos não teriam sido os mesmos sem as nossas discussões.

Aos funcionários da Pós-Graduação em Direito da UFPR, especialmente Sandra e Fátima, por resolverem, sempre, todos os meus problemas...

Aos meus amigos, a todos, sem exceção, pelo apoio em mais esse projeto.

Diálogo entre mãe doutoranda e filha de 07 anos:

- Mãe, o que é uma tese?

- É um livro filha.

- Tem figura?

- Não, filha. Não tem figura.

- E é sobre?

- É sobre serviço público. A mãe está explicando que todos têm direito de estudar, de ter um médico, de ter água, luz, telefone...

- Ah, mãe...E precisa escrever um livro sobre isso? Não dá só pra dizer em uma página: todos têm direito de estudar, todos têm direito à saúde, todos têm direito a uma vida boa!!!

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
RÉSUMÉ	x
INTRODUÇÃO	01
1 CONSTRUÇÃO DO PANORAMA DO SERVIÇO PÚBLICO	09
1.1 CENÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO: AS CONCEPÇÕES DO INSTITUTO NO ESTADO LIBERAL E NO ESTADO SOCIAL.....	09
1.2 A NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E SEUS ELEMENTOS.....	26
1.3 UMA LEITURA DA EXCLUSIVIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	52
2 O ESTADO NECESSÁRIO – SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS SOCIAIS	65
2.1 O ESTADO COMO O MAL DO SÉCULO - AS ILUSÕES E DESILUSÕES DO SERVIÇO PÚBLICO.....	65
2.2 SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	90
2.3 DIREITOS SOCIAIS E SERVIÇO PÚBLICO.....	106
3 SERVIÇO PÚBLICO: GARANTIA FUNDAMENTAL E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL	125
3.1 O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL.....	125
3.2 O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.....	125
3.3 IMPLICAÇÕES CONCRETAS.....	151
CONCLUSÃO	199
REFERÊNCIAS	196

RESUMO

A tese reside na reflexão sobre o regime jurídico do serviço público, instituto que se caracteriza como atividade prestacional destinada à satisfação da coletividade em geral e à promoção da dignidade da pessoa humana. Tal atividade está sob a égide do regime de Direito Público, consagrador de prerrogativas e sujeições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. Trata-se de um conjunto de ofertas positivas do Estado, assumidas como tarefas públicas por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, em determinado contexto histórico-social. Adota-se como pressuposto a ideia de que o conjunto dos princípios que caracterizam o serviço público é o instrumento que viabiliza a concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Dentre tais princípios, o da universalidade, o da modicidade das tarifas e o da continuidade apresentam-se como o núcleo essencial do regime jurídico do serviço público. Defende-se, com isso, que tais princípios apresentam-se como garantia fundamental dos cidadãos, cuja regulamentação em nível infraconstitucional estará protegida pela cláusula de proibição de retrocesso social, quando vinculada ao mínimo existencial. Pretende-se, assim, a releitura democrática e inclusiva do instituto do serviço público, procurando fundamentar, com base na dogmática constitucional, mecanismos que permitam assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais por ele instrumentalizados. Com isso, pretende-se a otimização do serviço público como elemento capaz de distribuir riqueza e de gerar desenvolvimento social, mediante a atuação necessária e proporcional do poder público.

ABSTRACT

The thesis examines the legal regime of public services, those that aim at the satisfaction of the basic needs of the population and at the promotion of the dignity of the human being. Submitted to the public law regime, these services are characterized by both special privileges and constraints that are established in favor of specific interests protected by the legal system. They constitute a group of activities guaranteed by the state for they are deemed to be of the utmost importance and since they correspond to the basic needs of the society in a given social and historical context. The starting point adopted by the thesis is that the group of principles that characterize public services is a legal instrument that enables the protection of the fundamental rights enshrined in the 1988 Federal Constitution. Among such principles lie the obligations of universality and continuity of the service and the obligation of reduced tariffs. They form the essential part of the legal regime of public services and are a fundamental guarantee for citizens, their regulation being protected by the clause that prohibits social retrocession. This claim corresponds to a new comprehension of public services, one that is more democratic and inclusive, and one that aims to ensure maximum effectiveness of the social rights predicted by the Constitution. The idea is to optimize the public service as an element capable of distributing wealth and generating social development through necessary and proportional state action.

RÉSUMÉ

La thèse réside dans la réflexion sur le régime juridique du service public, institut qui se caractérise comme une activité de prestation destinée à la satisfaction de la collectivité en général et à la promotion de la dignité de la personne humaine. Cette activité se soumette au régime de Droit Public, qui consacre prérogatives de puissance publique et sujétions spéciales et s'institue en faveur des intérêts définis comme publics par le système normatif. Il s'agit d'un ensemble d'offres positives de l'État, assumées comme des tâches publiques pour être réputées indispensables et correspondants à des utilités basiques de la société, dans certain contexte historique et social. On adopte comme prémisse l'idée selon laquelle l'ensemble des principes qui caractérisent le service public c'est l'instrument qui viabilise la concrétisation des droits fondamentaux établis dans la Constitution Fédérale de 1988. Parmi tels principes, ceux de l'universalité, de modération des taux et tarifs et de la continuité se présentent comme le noyau essentiel du régime juridique du service public. On défend, avec cela, que tels principes se présentent comme garantie fondamentale des citoyens, dont la réglementation au niveau infraconstitutionnel sera protégée par la clause d'interdiction de rétrocession sociale, quand attachée au minimum existentiel. L'objectif est, donc, de relire d'une manière démocratique et inclusive l'institut du service public, essayant de créer, à partir de la dogmatique constitutionnelle, des mécanismes qui permettent d'assurer l'efficacité maximale des droits sociaux dont il concretise. Ainsi, on prétend optimiser le service public comme un élément capable de distribuer des richesses et produire du développement social, à travers la performance nécessaire et proportionnelle du pouvoir public.

INTRODUÇÃO

A tese reside na reflexão sobre o regime jurídico do serviço público, considerado como garantia fundamental dos cidadãos, cuja regulamentação em nível infraconstitucional estará protegida pela cláusula de proibição de retrocesso social, quando vinculada ao mínimo existencial.

Adota-se como pressuposto a idéia de que o conjunto dos princípios que caracterizam o serviço público é o instrumento que viabiliza a concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

A discussão sobre o regime jurídico do serviço público teve sua importância retomada, tanto no cenário nacional quanto internacional, principalmente a partir da formação de um contexto em que são rediscutidas as funções atribuídas ao Estado. Nessa perspectiva, o serviço público, tema clássico do Direito Administrativo, adotou novas dimensões e teve seus pressupostos marcadamente questionados pela tendência da pós-modernidade, neste campo caracterizada pela aproximação entre as esferas do público e do privado. A revisão da noção de serviço público pressupõe, hoje, portanto, a análise do contexto da chamada *fuga para o direito privado*¹, que fortemente tem influenciado o Direito Administrativo Contemporâneo.

A noção de serviço público, conforme o marco dotado na pesquisa, funda-se na idéia de que este deve ser compreendido como atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definido como públicos no sistema normativo.²

¹ A expressão é de ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996, p. 91. Na doutrina nacional, refira-se, por fundamental, o trabalho de BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 104.

² A noção adotada é de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 404. Justifica-se a escolha porque, no cenário nacional, o autor representa a principal referência teórica para a clássica compreensão do serviço público. Na doutrina estrangeira, pode ser referido, na linha adotada da tese, o conceito de SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

No atual contexto histórico, observa-se uma ampliação dos elementos que tipificam essa noção, admitindo-se que só se estará diante de um serviço público se a atividade envolver “a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira.”³ Assim, o serviço público é caracterizado pela sua instrumentalidade em relação à vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, como enuncia o artigo 1º, da Constituição Federal⁴.

De qualquer modo, é relativamente pacífico o reconhecimento de que o serviço público constitui-se como uma das modalidades de atividades exercidas pelo Estado, impondo-se, dessa maneira, como um modo de intervenção do poder público na sociedade⁵. Assume diferentes contornos de acordo com o modelo de Estado adotado e por isso discutir serviço público “representa enfrentar as questões mais nucleares da Política e do Direito. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares”⁶ pois, como afirma Dinorá Musetti GROTTI, “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre o seu papel. É o país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.”⁷

³ JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44. De igual forma, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152 e ss., e FREITAS, Juarez. O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31. Na doutrina estrangeira, poder-se-ia referir, nesta linha de pensamento, o conceito de SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria...**, p. 124, por exemplo.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios a experiência brasileira. In: **Revista Interesse Público**, nº 16, ano 2002, p. 17.

⁵ Neste sentido, SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria...**, p. 196. No cenário nacional, por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 19. Em sentido contrário, Eros Roberto GRAU afirma que “o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção, é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93).

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 16.

Admitindo-se tais pressupostos e a partir de uma perspectiva interdisciplinar, é possível visualizar a gênese do conceito de serviço público no Liberalismo Clássico⁸. É bem verdade que o Estado Liberal é caracterizado pela quase total ausência de intervenção do poder público no âmbito sócio-econômico. Sabe-se, com o aporte da Teoria do Estado, que este modelo de organização foi criado tendo por pano de fundo a afirmação da ideologia burguesa, interessada em limitar o poder soberano, de modo a tornar possível a consolidação do capitalismo nascente⁹. Nesse contexto, o Estado apresentava um reduzidíssimo plexo de funções (Estado Mínimo), permitindo-se a sua atuação em campos bem delimitados, basicamente para garantir a liberdade de concorrência (poder de polícia) e para exercer atividades que, embora necessárias à sociedade, não possuíam viabilidade econômica que justificasse o seu desempenho pela burguesia.

Nesse período o serviço público traduzia-se na prestação, pelo Estado, de atividades que não traziam diretamente a possibilidade de lucro, mas que eram essenciais para o desenvolvimento social, tais como o serviço de saneamento básico e de iluminação pública, como pontua Jorge Reis NOVAIS¹⁰.

Na seara do Direito Administrativo, a noção de serviço público surge na França, com o julgamento do Caso Blanco¹¹, realizado pelo Tribunal de Conflitos em 1873. Neste aresto restou afirmado que as atividades prestadas pelo Estado estão submetidas a um regime jurídico distinto das funções desempenhadas por sujeitos

⁷ GROTTI, Dinorá Musseti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

⁸ Sobre o Liberalismo consultar, dentre os clássicos, principalmente as obras de LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1999. ROUSSEAU, J.J. Jacques. **Do contrato social**. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, v. II, 1999. Atualmente, pode-se citar como referência, exemplificativamente, as obras de GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito público moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999 e NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

⁹ OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

¹⁰ Idem, p. 55.

¹¹ LONG, Marceal; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy, *et alii*. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed., Paris: Dalloz, 2007, p. 01.

privados. A partir de então, o serviço público torna-se critério para repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado Francês¹².

É no contexto do Estado Social que se amplia a prestação de serviços, atrelando-se a concepção desta atuação estatal à promoção da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a partir das referências do discurso do Direito Constitucional, pode-se entender a Constituição do Estado Social como um sistema de valores constituído com base nos direitos fundamentais e em outros princípios constitucionais, como o do Estado de Direito e o da socialidade. Assim, “esse elemento de sociabilidade aponta para uma intervenção estatal não apenas como ‘limite’, mas ainda como ‘fim’ ou ‘tarefa público-estadual’, ordenando concretos ‘deveres de proteção’ (Schutzpflicht) a cargo do Estado.”¹³ Destarte, passa a ser tarefa do Estado, neste outro momento, intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna. E o instrumento eleito pelo Estado para realizar esta intervenção é justamente o serviço público. Não por outra razão que se afirma que “o estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas.”¹⁴

A Constituição Federal de 1988 adotou, ao menos em alguns aspectos, essa concepção para o Estado Brasileiro: o modelo de Estado Social em que os direitos fundamentais deixam de ser somente garantias dos indivíduos contra o Poder Público, impondo-se, também, genericamente, a toda a sociedade. Sua efetividade é assegurada por meio de medidas interventivas, como o serviço público¹⁵, e impõe vinculação inclusive contra os poderes particulares¹⁶.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, jan-mar 1998, pp. 65-77.

¹³ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 165-216, p. 169.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 23.

¹⁵ Ana Cláudia FINGER, nesse sentido, afirma: “A Constituição de 1988 privilegia o perfil de uma Administração ativa – serviços públicos, obras públicas, exploração estatal da atividade econômica, poder de polícia -, operacionalizada por um complexo de órgãos e pessoas jurídicas.” FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 232, abr.-jun., 2003, p. 59-82, p. 61.

Nessa perspectiva, o serviço público desponta como ofertas positivas do Estado, que ele assume como sua tarefa por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, em determinado contexto histórico-social, diretamente vinculadas à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme sustenta Romeu Felipe BACELLAR FILHO¹⁷.

Assim resta consagrado, no texto constitucional de 1988, em seu art. 175, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Do mesmo modo, preocupou-se o constituinte em elencar, dentre as competências dos entes federativos, as atividades que deveriam compor o elenco do serviço público no Brasil, dentre elas o serviço de telecomunicações (art. 21, XI), radiodifusão sonora, de sons e imagens (art. 21, inc. XII), serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, inc. XII, b), os serviços de transporte ferroviário (art. 21, inc. XII, d) os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros (art. 21, inc. XII, e), intermunicipal (art. 25, § 3º) e municipal (art. 30, V), de saúde (art. 198) e educação (art. 208), dentre outros.

Defende-se, a partir de tal panorama normativo, que o serviço público só é um direito fundamental porque é regulado por um regime jurídico de direito público, formado por princípios específicos¹⁸, quais sejam: a universalidade da prestação do serviço (generalidade ou funcionamento eqüitativo¹⁹), a continuidade do serviço²⁰ e a modicidade das tarifas²¹.

¹⁶ Discute-se, nesta matéria, a chamada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Conferir, sobre o tema, na doutrina nacional, SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo..., p. 17.

¹⁸ Tais princípios foram elencados na clássica definição de ROLLAND, que, já na década de 30, os definia como “as leis naturais de serviços públicos”. (Citado por JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 30).

¹⁹ Por este princípio, “o serviço é indistintamente aberto à generalidade do povo.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 635).

²⁰ De acordo com Marçal JUSTEN FILHO, “a continuidade significa a impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, eis que se presume que as utilidades prestadas são essenciais e indispensáveis à sobrevivência ou à normalidade da vida.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 31).

²¹ “Deveras, se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria arrematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfruta-

Trata-se de elevar o regime constitucional da prestação do serviço público à categoria de garantia fundamental do cidadão, do próprio direito ao serviço. De modo que a Constituição, neste viés, não apenas asseguraria a realização de direitos fundamentais prestacionais por meio dos serviços públicos mas, antes, como forma de garantia, estabeleceria que estes serviços fossem prestados sob determinado regime.

A tese está calcada, assim, em uma interpretação sistemática das normas constitucionais. Com efeito, o regime jurídico especializado do serviço público atrela-se a uma opção do constituinte no sentido de que somente através dele é que seriam devidamente concretizados os direitos fundamentais assegurados pela sua prestação. E é por este motivo que o regime jurídico de tal atividade deve ser visto, em si, como uma garantia fundamental autônoma em relação ao próprio direito ao serviço público.

É possível admitir, ainda, que o conteúdo do regime jurídico do serviço público seja protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social quando os princípios que compõem tal regime relacionem-se ao mínimo existencial, ou seja, àquele “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”²².

A cláusula de proibição de retrocesso social vem sendo admitida, no Brasil, principalmente em relação aos direitos sociais²³, a partir do desenvolvimento que teve essa noção na doutrina constitucional alemã²⁴, como mecanismo apto a ampliar a proteção dos direitos fundamentais constitucionalizados²⁵.

lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isso, que os marginalizassem. Dessarte, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miséria, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, muitas vezes subsidiados.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso...**, p. 635).

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 339. Conferir, ainda, o posicionamento de Cristina QUEIROZ, que afirma: “Essa garantia de um mínimo social – ou standard mínimo compreendido como mínimo existencial – destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental, por forma a que este não resulte esvaziado de conteúdo e, deste modo, desprovido de sentido.” (Op. cit., p. 173).

²³ É bem verdade que, no Brasil, o alcance desta cláusula não se refere, somente, aos direitos sociais, como bem pontua SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 408.

²⁴ Felipe DERBLI indica a experiência alemã, a portuguesa e a italiana como antecedentes teóricos da formulação da cláusula de proibição de retrocesso social no Brasil. Indica, de qualquer modo, como idéia comum a estes três núcleos, a busca pela maior eficácia dos direitos fundamentais

Essa noção importa na compreensão de que a legislação infraconstitucional que regulamenta os direitos fundamentais previstos na Carta Magna cria direito subjetivo a uma determinada prestação estatal, nos moldes estabelecidos pelo legislador, “de tal sorte que [tais direitos] não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador....”²⁶.

As questões e reflexões teóricas apontadas serão examinadas na tese em três capítulos. O primeiro dedica-se à análise da noção de serviço público, desde seu surgimento até sua configuração na Constituição Federal de 1988.

Já no segundo capítulo, a abordagem será realizada com o enfoque na reflexão sobre o regime jurídico do serviço público, principalmente em face da atual relativização do papel do Estado e da crise de sua concepção social.

No terceiro capítulo será abordado especificamente o tema do regime do serviço público como garantia fundamental. Já lançadas as premissas teóricas que permitem compreender os princípios que integram o regime jurídico do serviço público no primeiro capítulo, tratar-se-á, agora, de entender o conjunto de princípios, em si, enquanto garantia fundamental. Além disso, tratar-se á da cláusula de proibição de retrocesso social tem sido compreendida como mecanismo apto a ampliar a proteção dos direitos fundamentais constitucionalizados, notadamente dos de cunho social²⁷.

Assim, tem-se que o art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal, faz expressa referência à Lei que disporá sobre o serviço adequado, assegurando à coletividade o direito ao serviço público adequado.

Regulamentando tal dispositivo, o legislador ordinário editou a Lei nº 8987/95, que, por sua vez, no art. 6º, §1º, trouxe o conceito de serviço adequado

e sua sindicabilidade em juízo (DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 433-635, p. 446-53).

²⁵ Sobre o tema, conferir, CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 338 e ss.; MIRANDA, Jorge. Op. cit. e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: **Revista da AJURIS: Doutrina e Jurisprudência**, v. 31, nº 95, set. 2004, p. 103-135; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68 e ss.,

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, op. cit., p. 106.

²⁷ Sobre o tema, conferir, além das obras antes citadas de CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 338 e ss.; MIRANDA, Jorge. Op. cit., SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos...**, e BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia...**, p. 68 e ss., exemplificativamente.

como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Adota-se, então, como referencial, nesse tópico, a definição e proteção do núcleo existencial. Sustenta-se, assim, que a cláusula de proibição de retrocesso deverá ser aplicada em relação aos princípios que compõe o regime jurídico do serviço público que estiverem diretamente ligados ao mínimo último e indispensável para o gozo dos direitos, relacionados à dignidade da pessoa humana.

A partir de tais digressões, sustenta-se, na presente tese, que o regime jurídico do serviço público é uma garantia fundamental, porque se coloca como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais prestacionais assegurados pelo instituto. Além disso, tais princípios dizem diretamente com o conteúdo que, em comum, se tem atribuído ao mínimo existencial. Com efeito, sem a garantia de que o serviço seja ofertado indistintamente a todos, de maneira contínua e mediante uma tarifa capaz de ser suportada, não haverá direito assegurado. São esses traços que vão assegurar, então, em última análise, o pleno gozo do direito à vida, à saúde, à educação, ao transporte, por exemplo.

Por isso, entende-se que o regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial – universalidade, modicidade das tarifas e continuidade das prestações, está protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social.

Esse posicionamento permitirá proteger o regime do serviço público em si contra modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto. Além disso, a aplicação da cláusula de proibição de retrocesso social à regulamentação feita pelo legislador infraconstitucional sobre o serviço público, no que se refere ao mínimo existencial, é o que permitirá garantir que sejam preservados os valores consagrados na Constituição Federal de 1988, que adotou, sem qualquer possibilidade de questionamento, o serviço público prestado sob um regime específico como um mecanismo sem o qual não serão atingidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

1 CONSTRUÇÃO DO PANORAMA DO SERVIÇO PÚBLICO

1.1 CENÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO: AS CONCEPÇÕES DO INSTITUTO NO ESTADO LIBERAL E NO ESTADO SOCIAL

O rol de atividades materiais prestadas pelo poder público em prol da coletividade, com o objetivo de proporcionar condições de acesso aos bens essenciais à vida do ser humano, configura o catálogo de serviços públicos, definidos de acordo com o modelo de Estado adotado²⁸.

Desde o modelo absolutista, teorizado por Maquiavel²⁹ e Hobbes³⁰, por exemplo, é possível identificar, ainda que no plano da justificativa ideológica³¹, o desempenho, pelo Estado, de funções públicas com o desiderato de proteger o que convencionalmente se denomina de interesse público³².

²⁸ “A delimitação de atividades que compõem o rol dos serviços públicos supõe a definição de determinado modelo de Estado. É essa eleição, pois, uma manifestação da face política do Estado.” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 508). No mesmo sentido, Marçal JUSTEN FILHO afirma que “o conceito de serviço público deriva do tipo de Estado vigente no momento histórico” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17).

²⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas: XAVIER, Lírio. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

³⁰ HOBBS, Thomas. **O leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

³¹ Fala-se, aqui, em justificativa ideológica porque não se olvida que vigorava, no Absolutismo, o modelo de gestão patrimonialista, em que o Estado era tomado como um bem do soberano e as funções públicas eram prioritariamente dirigidas ao atendimento das necessidades do rei. Ver, neste sentido, PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Princípios de derecho administrativo**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. v. II, p. 301.

³² O interesse público constituía-se como critério legitimador da atuação do soberano. Nesse período, poderia ser traduzido essencialmente como a garantia da segurança dos súditos. Tal categoria, assumida como fim da atividade do Estado, é matéria objeto de inúmeras controvérsias na seara do Direito Público, tanto nacional, quanto estrangeiro. Sobre o tema remete-se à obra de RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 40. Na doutrina nacional, veja-se, por todos, o mais recente artigo de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181-191. O autor, desde a década dos anos de 1960, tomou o conceito de interesse público como o núcleo dos princípios reitores do Regime Jurídico de Direito Administrativo, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Tal noção, contemporaneamente vem sendo retomada a partir de uma perspectiva crítica, propondo nova interpretação atribuída a tais princípios. Ver, sobre o assunto, a coletânea de artigos organizada por SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos**

Nesse período, caracterizado pela concentração de poder nas mãos do Soberano, “quase todas as atividades eram exploradas pelo Estado, tanto as que tivessem algum liame com o bem-estar da coletividade, como as que simplesmente fossem muito lucrativas, ou ainda as que passassem a ser exploradas pelo Estado pelo desejo do Rei.”³³

Dentre tais funções, despontam aquelas tradicionalmente tratadas como atividades de polícia, ações em que o poder público tem por objetivo restringir a atuação do particular de modo a proteger a coletividade³⁴.

Porém, ainda que a intervenção do soberano alcançasse todas as esferas da vida privada, não se pode afirmar que tal intervenção se dava mediante prestações positivas em benefícios dos particulares³⁵, traço que somente mais tarde caracterizaria a noção de serviço público³⁶.

Mesmo assim, J. Gilles GUGLIELMI e Geneviève KOUBI identificam já nesse período algumas funções que poderiam ser tomadas como as primeiras manifestações de serviços públicos. Os autores referem que em 1464, na França,

versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

³⁴ Dentre os clássicos, Rafael BIELSA define poder de polícia como “el ejercicio del conjunto de disposiciones reglamentarias sobre la construcción, la conservación, el funcionamiento y la utilización de las actividades.” (BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, p. 510). Ver, igualmente importante, a obra de Agustín GORDILLO, referência para o tratamento doutrinário atual do tema da polícia administrativa, inclusive abordando a crise da noção (GORDILLO, Agustín. **Derecho administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. II, p. V-12).

³⁵ Interessante observar que nem mesmo as atividades de cunho assistencialista eram desempenhadas pelo Estado, as quais continuavam a ser desempenhadas pela Igreja, conforme esclarece Alexandre Santos de ARAGÃO. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 31).

³⁶ É usual atribuir a ROUSSEAU a paternidade da expressão serviço público, como se vê na obra de Dinorá Musetti GROTTI (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19-20). A passagem da obra *Do contrato social*, que autoriza tal interpretação, pode ser observada no seguinte trecho: “Assim que o serviço público deixa de ser o principal assunto dos cidadãos, e que preferem cuidar de sua bolsa a cuidar de sua pessoa, o Estado já está próximo da ruína.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de: PUGLIESI, Márcio; LIMA, Norberto de Paula. 7. ed. Curitiba: Hemus, [19--], p. 100 - Textos da edição de 1782, com indicação das variantes da edição de 1762. Esse não é o posicionamento de Gilles J. GUGLIELMI e Geneviève KOUBI que sustentam que a primeira vez que se fez menção à expressão “serviço público” foi em 1635, com a declaração do Rei da França ao determinar que “(...) instalações de pessoas e comissários suficientes para atender a todos os vagões, de sorte que o serviço público sem dúvida alguma retardará.” (Tradução livre) GUGLIELMI, J. Gilles; KOUBI, Geneviève. **Droit du service public**. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2007, p. 35.

criou-se a organização dos serviços postais, cujas atividades foram estendidas para toda a coletividade³⁷.

Os exemplos, contudo, são escassos na experiência dos estados organizados nos cânones do Absolutismo, pois a caracterização do serviço público como atividade prestacional do Estado em prol da coletividade ocorreu somente com o advento do Estado Liberal³⁸, impondo-se, dessa maneira, como um novo modo de intervenção do poder público na sociedade³⁹.

É bem verdade que esse tipo de Estado é caracterizado pela quase total ausência de atuação do poder público no âmbito socioeconômico. Foi criado tendo por pano de fundo a afirmação da ideologia burguesa, interessada em limitar o poder soberano, de modo a tornar possível a consolidação do capitalismo nascente⁴⁰.

Nesse contexto, o Estado apresentava um reduzidíssimo plexo de funções (Estado Mínimo), permitindo-se a sua atuação em campos bem delimitados, basicamente para garantir a liberdade de concorrência (poder de polícia) e para exercer atividades que, embora necessárias à sociedade, não possuíam viabilidade econômica que justificasse o seu desempenho pela burguesia⁴¹.

O serviço público traduzia-se, assim, na prestação, pelo Estado, de atividades que não traziam a possibilidade de lucro, mas que eram essenciais para o

³⁷ GUGLIELMI, J. Gilles; KOUBI, Geneviève. Op. cit., p. 34 e ss. (Tradução livre.) No Brasil, Odete MEDAUAR identifica, do mesmo modo, que, “em nível local, algumas atividades [que] passaram a ser qualificadas como ‘serviço ao público’, porque designavam intervenção dos poderes públicos em favor dos particulares.” (MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 100-113, 1992, p. 101).

³⁸ Sobre o Liberalismo consultar, por todos, GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução de: PATERNOT, Irene A. São Paulo: Martins Fontes, 1999, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000 e NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

³⁹ Neste sentido, ver, por todos, no cenário nacional, JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 19. Em sentido contrário, Eros Roberto GRAU afirma que “o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção, é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93).

⁴⁰ OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**, p. 55.

desenvolvimento social, tais como o serviço de saneamento básico e de iluminação pública, como pontua Jorge Reis NOVAIS⁴².

Observe-se que, mesmo em áreas não ligadas à implantação de serviços de infraestrutura, já era reconhecida como dever do Estado a prestação de alguns serviços de cunho social, como a saúde e a educação⁴³.

Outro fator que contribuiu para a consolidação desse instituto sob a égide do Estado Liberal foi a extinção de grupos intermediários entre a sociedade e o Estado. Com efeito, ainda que um dos fundamentos do Liberalismo clássico tenha sido a valorização da autonomia privada, é certo que a sociedade liberal aboliu as entidades que pudessem intermediar a relação do indivíduo com o poder público. Com isso, extinguindo-se as corporações de ofício, minando-se o poder da Igreja, proibindo-se as agremiações, “el individuo se quedo sólo, como um elemento indiferenciado frente al Estado, que se vio obligado a sumir como tareas propias algunas que antes estaban desarrolladas por la sociedade orgánicamente estructurada.”⁴⁴

Nessa perspectiva, Gaspar Ariño ORTIZ reconhece que a burguesia liberal acaba por criar um paradoxo, na medida em que, buscando limitar teoricamente a missão do Estado, acaba por promover uma progressiva assunção de tarefas que até então não eram imputadas ao ente público, mas assumidas pelos grêmios, pela Igreja, pelas Fundações, pelas Corporações, pelas Universidades, por exemplo⁴⁵.

Afirma, então, o autor, que

hasta mediados del siglo XIX todo lo que hoy llamamos servicios públicos sociales (la educación en todos SUS niveles, la sanidad, la beneficencia, la asistencia social, el arte y la cultura, etc...) eran actividades no asumidas por el Estado sino por la Sociedad (aunque reguladas por aquél). Cuando, como consecuencia del individualismo liberal, se produce una progresiva desvertebración social, y cuando politicamente se queda el individuo solo frente al Estado, este se encuentra en la necesidad de asumir muchas de

⁴² Ibidem, p. 191.

⁴³ Em Portugal, por exemplo, o Estado assume a educação em 1772, mediante a chamada Reforma dos Estudos Menores, promovida por Marques de Pombal. Já o ensino universitário, desde seu surgimento teve influência do poder público (ÁUREA, Adão. **Estado absoluto e o ensino das primeiras letras**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 50).

⁴⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares Editorial, 1999, p. 482.

⁴⁵ Ibidem, p. 483.

esas tareas, que han sido abandonadas por sus antiguos gestores, y de declarar que tales actividades le son propias.⁴⁶

Alexandre Santos de ARAGÃO, contudo, entende que este aparato criado pelo Estado para suprir o espaço deixado pelos particulares voltava-se à proteção dos “interesses dos mais aquinhoados, que eram indiretamente prejudicados com essa penúria, do que propriamente dos necessitados.”⁴⁷

Com base em tais considerações, verifica-se que pelo menos no contexto do seu surgimento, o serviço público não poderia ser tomado como mecanismo dirigido à diminuição das desigualdades sociais, funcionando, antes, como instrumento de gestão do poder público na implantação de serviços básicos para promover as condições de desenvolvimento do sistema econômico.

Ainda assim, foi sob a égide do Estado Liberal, em meados do Século XIX, que se tem o desenvolvimento teórico do serviço público enquanto instituto de Direito Administrativo.

Normalmente atribui-se às decisões do Conselho de Estado Francês⁴⁸ as primeiras construções teóricas sobre o serviço público⁴⁹. É usual a citação do Caso Blanco⁵⁰, julgado pelo Tribunal de Conflitos Francês, em 1873. Neste aresto restou afirmado que as atividades prestadas pelo Estado estão submetidas a um regime jurídico distinto daquele atribuído às funções desempenhadas por sujeitos privados.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 34.

⁴⁸ Ver, neste sentido, MODERNE, Frank. La Idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Servicio público y policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, pp. 7-32, p. 10.

⁴⁹ Em sentido diverso, contudo, Jorge Luis SALOMONI defende que a origem do conceito de serviço público se deu na Argentina. Assim, sustenta que “el concepto moderno de servicio público no nació en Francia ni en Alemania ni en otro país europeo, y menos aún en Estados Unidos. Increíblemente debo señalar que, entre 1853 y 1854, se dictaran, tanto en la Confederación Argentina como en el Estado y provincia de Buenos Aires, las primeras leyes del mundo que establecieron el concepto normativo de servicio publico.” (SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del estado por omisión en la República Argentina. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103-135; p. 109). Da mesma forma, relativizando a importância da noção francesa de serviço público para a construção do direito administrativo dos demais estados europeus, veja-se MODERNE, Frank. Op. cit., p. 12.

⁵⁰ Julgado em 08.02.1873, pelo Tribunal de Conflitos Francês. Veja-se, na íntegra, em LONG, Marceal; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; *et alii*. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 01. Dinorá Adelaide Musetti GROTTI faz um interessante resumo do julgado. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 27).

A partir daí são lançadas as bases que permitiriam tomar o serviço público como o critério para repartição de competências entre a jurisdição administrativa⁵¹ e o Conselho Administrativo⁵². Segundo Jean RIVERO⁵³, tal fato constituiu-se no principal motivo que explica a repercussão do citado aresto, já que a partir dele vinculou-se a competência da justiça administrativa à específica atuação do Estado, ou seja, “ligou serviço público ao direito público”⁵⁴

Já na leitura de Mônica Spezia JUSTEN, a importância do Caso Blanco se deve ao fato de que, desde o seu julgamento, o critério aglutinador do Direito Administrativo deixa de ser a noção de *puissance public*⁵⁵ e passa a ser a ideia de serviço público⁵⁶.

Além do Caso Blanco também é paradigmático, na jurisprudência francesa, o Caso Terrier⁵⁷. Nesse julgamento, um particular ingressa com uma medida contra uma prefeitura pretendendo receber um prêmio por ter executado o serviço de caça

⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 211, p. 65-77, jan./mar. 1998. p. 69 e ss.

⁵² De acordo com Mônica Spezia JUSTEN, contudo, “o caso Blanco não causou tamanho impacto na doutrina à época em que foi proferido. Durante quase trinta anos a decisão passou quase ignorada pela jurisprudência e mesmo pelas construções teóricas dos administrativistas. A interpretação de que o serviço público seria categoria jurídica de fundo do direito administrativo e critério de competência administrativa só foi extraída do consagrado acórdão muitos anos depois de ele ter sido proferido.” (JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 26).

⁵³ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 206 e ss.

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **Serviço...**, p. 101.

⁵⁵ Marçal JUSTEN FILHO afirma que a tradução para o português da noção de *puissance publique* é problemática ainda que possa ser entendida pela ideia de poderio, potencialidade, capacidade. Com base em tal conceito, “a atividade administrativa distinguia-se (especialmente da atividade privada) pela concretização do poderio estatal. Era uma via pela qual o poder de império estatal se difundia na sociedade. A supremacia do Estado, titular monopolista do uso da violência, gerava atuações qualitativamente distintas daquelas dos particulares. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 23).

⁵⁶ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 24.

⁵⁷ O caso Terrier foi julgado em 06.02.1903, pelo Conselho de Estado Francês (LONG, Marceal; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; *et alii*. Op. cit, p. 73). Para Romeu Felipe BACELLAR FILHO, este caso também é relevante porque, segundo ele, tem-se, com ele, pela primeira vez a referência à cláusula da reserva do possível, tema que será objeto de tratamento no Capítulo III, da presente Tese (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 243).

às víboras. Na decisão do litígio, o Conselho de Estado⁵⁸ decidiu pela possibilidade de aplicação da noção de serviço público para atividades locais e pela configuração da atividade de caça às cobras como um serviço público.

O caso apresenta especial interesse porque, de acordo com o Comissário Romieu, responsável pelo julgado, “a criação de um serviço público não implicava a estruturação de um corpo de agentes públicos, mas poderia dar-se pela necessidade de satisfazer a uma necessidade pública, um interesse geral em um dado momento.”⁵⁹

A partir desses dois julgados, basicamente, desenvolve-se, na França, no início do Século XX, a Escola do Serviço Público, também chamada Escola de Bordeaux, que tem por seu maior expoente Leon DUGUIT⁶⁰, cuja principal obra é *L'état, le droit objectif et la loi positive*, de 1901.⁶¹ Entende-se o serviço público como instituto capaz de identificar toda a atuação do Estado em prol do atendimento de necessidades de interesse geral.

A análise da noção de serviço público com base nas considerações dessa Escola justifica-se porque é esta a noção admitida como o fundamento teórico da

⁵⁸ De acordo com Mônica Spezia JUSTEN, a compreensão do percurso histórico do surgimento do serviço público, na França, está intimamente ligada à história do Direito Administrativo Francês, principalmente no que se refere ao papel da jurisdição administrativa. Relembra a autora que o Conselho de Estado tinha sido extinto, com a queda do Império, mas foi restabelecido em 1872, sendo, a partir daí, o órgão competente para decidir as causas decorrentes da chamada “justiça delegada”. (JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 21).

⁵⁹ Ibidem, p. 27.

⁶⁰ Há na doutrina, contudo, a tese de que a paternidade histórica do conceito de serviço público deve-se à Maurice HARIOU (Ver, nesse sentido, CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos en Argentina. In: _____ (Dir.). **Servicio público y policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 375-401; p. 377). Tal autor, contemporâneo de DUGUIT, desenvolveu sua teoria pretendendo fundar o Direito Administrativo ora privilegiando a noção de serviço público, ora a de *puissance publique*. Porém, consagrou-se, a partir de 1921, pela defesa da *pouissance publique* como o critério que permitia a definição do Direito Administrativo como “um conjunto de normas relativas à organização e funcionamento dos serviços públicos, cujo regime jurídico se definiria pela exteriorização da *puissance publique*.” (JUSTEN, Mônica Spezia, Op. cit., p. 41). Por isso, o autor ficou conhecido como representante da Escola de Toulouse, identificada como a escola da *puissance publique*. Ocorre que, como restará demonstrado, não se aborda o serviço público, na presente tese, como conceito vinculado à ideia de poder, mas sim de dever do Estado, razão pela qual, dentre os clássicos serão abordados, apenas a título de ilustração, os posicionamentos de DUGUIT e JÈZE.

⁶¹ A abordagem histórica da Escola do Serviço Público é feita de maneira irretocável por Monica Justen SPEZIA. (JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 29).

chamada concepção francesa de serviço público – concepção esta que entra em crise no final do Século XX⁶².

Na doutrina de Leon DUGUIT identifica-se o intuito de encontrar a justificativa para a atuação do Estado no atendimento da coletividade, razão pela qual defendia que “el Estado está obligado a satisfacer las necesidades de los particulares y solamente después, el Estado estará legitimado para mandar.”⁶³ Pretendia, com isso, superar a ideia de poder do soberano como o fundamento do direito público, sustentando que “el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir.”⁶⁴

Segundo Alexandre Santos de ARAGÃO, a leitura do serviço público proposta por Leòn DUGUIT buscava uma aproximação do conceito com a ideia republicana de liberdade e igualdade, motivo pelo qual, na leitura do autor, seria justificável o relevo que tal noção assume na França⁶⁵.

⁶² Segundo Alexandre Santos de ARAGÃO, “as crises e os desafios que marcam a noção de serviço público resultam, justamente, das dificuldades de acomodação da construção francesa tradicional a novas realidades socioeconômicas, políticas e tecnológicas.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 27).

⁶³ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 149. Há, ainda, outro elemento sensacional na ideia de Duguit, trazido através dos comentários de Alexandre Santos de ARAGÃO: “sendo titular do monopólio da força, o Estado – soberano e dotado de personalidade jurídica – deve ser limitado, mas não pelas regras comuns – concernentes a indivíduos que se encontram em igualdade de condições -, mas por um direito especial – um Direito Administrativo. O Estado de Direito constituiria, sobretudo, um estatuto da Administração Pública.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 81). Flexibiliza-se, como se vê, o lugar do conceito de soberania. Ainda fazendo a relação de tal ideia com o conceito de Duguit, Celso Antônio Bandeira de MELLO pondera que se tem, “na concepção de Duguit, o Estado não é o titular da soberania, criador do direito e, em consequência, produtor de toda ordem jurídica, circunscrito apenas aos lindes com que se conformar a própria vontade. DUGUIT expõe a noção de soberania e a substitui pela ideia de serviço público.(...) Converte-se, portanto, em noção chave, unificadora do direito administrativo, determinante da aplicação de suas regras, assumindo o lugar que antes coubera à noção de ‘poder público’ (*pouissance publique*)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 145). De tais colocações, surge a ideia de que o serviço público, esteja, para a França, como a categoria de Estado de Direito calcado na soberania está para a Alemanha. Na Alemanha, a categoria de soberania é fundamental para garantir a unificação política. Já na França, desde o contexto da Revolução Francesa, já há a unificação necessária e fundamental para a ideia de Estado. Portanto, tomando como certo o fato de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão está acima de qualquer norma interna, para os franceses é possível admitir que o Estado tinha, já naquele contexto, deveres para com o cidadão, ainda que deveres ligados à garantia da própria interdependência social. Parece ser esta a ideia nuclear da teoria de DUGUIT.

⁶⁴ Citado por SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria...**, p. 150. Continua o mestre francês: “El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a súbdito no queda nada. Del derecho subjetivo de soberania, de poder, tampoco. Pero si um rela fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos...” (Ibidem, p. 152).

⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 77.

Em verdade, Leòn DUGUIT, a pretexto de instituir a Clássica Escola de Bordeaux, acaba por construir uma Teoria do Estado calcada no pensamento de DURKHEIM, entendendo o serviço público como o elemento capaz de assegurar a interdependência social⁶⁶ e, ao mesmo tempo, funcionar como critério de legitimidade da atuação do Estado⁶⁷.

Assim, para DUGUIT o serviço público

é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante. (...) Dizer que um serviço é um serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção⁶⁸

A Escola de pensamento liderada por Leon DUGUIT foi batizada de Escola Sociológica, então, por considerar o serviço público como elemento que assegura o vínculo de solidariedade entre os indivíduos de uma mesma sociedade⁶⁹, cuja convivência é mediatizada pelo Estado⁷⁰. Tal perspectiva permite identificar a influência, no autor, dos cânones do positivismo sociológico⁷¹.

⁶⁶ Seria possível dizer, então, que o serviço público é tomado como elemento que permite a interligação entre os indivíduos, como um traço da solidariedade orgânica. Nesse sentido, parece inegável relacionar a noção da escola sociológica de DUGUIT à concepção de Emile DURKHEIM, teórico reconhecido que desenvolve o conceito de coesão social. Ver, sobre o tema, dentre as obras do autor, principalmente DURKHEIM, Emile. **A divisão do trabalho social**. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989, p. 131 e ss.

⁶⁷ SPEZIA, Mônica Justen. Op. cit., p. 29.

⁶⁸ “(...) c'est toute activité don't l'accomplissement doit être règle, assure et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être assure complètement que par l'intervention de la force gouvernante.” DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. Tome premier. *Théorie générale de L'État* (les éléments, les fonctions, les organes de L'État, les agents publics). Paris: Fontemoing & Cie, 1911, p. 99-100. (Tradução livre.)

⁶⁹ De acordo com Mônica Spezia JUSTEN, “a expressão ‘solidariedade social’ utilizada por DUGUIT seria uma obrigação de solidariedade que têm os membros de uma sociedade, no sentido de realizar e alcançar suas necessidades de ordem material, intelectual e moral.” (JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 31).

⁷⁰ Para o autor, compete aos governantes cuidar para que sejam realizadas suas atividades próprias, no sentido de garantir a cultura física, intelectual e moral do indivíduo, bem como a prosperidade da nação. (JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 31). Note-se, ainda, que é esse conjunto de deveres, atribuídos ao Estado pelo autor, que permite, a alguns, entenderem sua doutrina como uma passagem para o Estado Providência. De acordo com Mônica Spezia JUSTEN, por exemplo, “DUGUIT acreditava que havia chegado ao fim o tempo em que os governados exigiam que o Estado nada fizesse, conforme dos ditames do liberalismo, predominante no século XIX. Ao

Tanto é assim que, para ele, o Direito é compreendido como um fato social – retomando a perspectiva de DURKHEIM -, e o legislador é capaz de “ler”, de “captar” na sociedade quais são as necessidades que deverão ser atendidas pelo Estado, mediante a prestação de serviços públicos⁷². Admitia, então, que “o serviço público ‘se constatava’ pelos dados objetivos da história, não se ‘criava’ pela vontade subjetiva do legislador.”⁷³

Daí decorre o caráter de maleabilidade inerente à noção de serviço público. Ou seja, já para DUGUIT as mudanças ocorridas no seio da sociedade implicariam necessariamente alterações no catálogo de serviços tomados como públicos por um determinado grupo social. Tal compreensão será traduzida, posteriormente, para o campo do regime jurídico do serviço público, consagrando-se como o princípio da mutabilidade ou da adaptabilidade⁷⁴.

Constata-se, assim, que o elemento central na definição de serviço público, para ele, é o atendimento das necessidades dos cidadãos – o que os autores

contrário, o homem moderno reclamava que o Estado suprisse certas demandas novas, que assumisse certas obrigações que se traduziriam pela prestação de serviço público.” E continua a autora: “Ao destinar ao Estado o fim da solidariedade social, DUGUIT rebelou-se contra qualquer concepção de uma Administração meramente espectadora da realidade social e omissiva quanto às necessidades dos administrados.” (Ibidem, p. 34).

⁷¹ De acordo com o posicionamento de SPEZIA, Monica Justen. Op. cit., p. 30. Veja-se, ainda, que, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, o autor, dissociando-se de Ihering e Jellinek, “entende que o Estado não é o criador da ordem jurídica. A ‘regra de direito’ independe dêle, sendo-lhe exterior: é a resultante objetiva de uma situação social determinada em dado momento histórico. Os governantes, isto é, os detentores do monopólio da força, de acordo com sua concepção, estão submetidos à ‘regra de direito’ não por motivo de alguma qualidade transcendente que possua, nem por autolimitação, mas porque ela se impõe irrefragavelmente como o resultado concreto e inafastável produzido pelo equilíbrio social. É uma derivada das condições sociais.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 142).

⁷² Em seu entender a regra de direito surge da consciência social que lhe adere na exata convicção, ainda que difusa, de que se trata de uma norma que brotou das condições objetivas da sociedade.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 143). Essa concepção traduz o cerne da epistemologia positivista, na qual o “cientista” é capaz de captar as verdades, mediante o método empírico, tal qual uma máquina fotográfica, para referir a clássica figura citada por MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1989.

⁷³ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 33. Veja-se, assim, a despolitização da noção de serviço público, própria de uma concepção epistemológica positivista, como antes se afirmou. Nesse sentido, ainda que sem adotar a perspectiva de crítica ao positivismo, Alexandre Santos de ARAGÃO pontua que o autor nunca se preocupou, efetivamente, em responder quais seriam as consequências do Estado descumprir a suposta obrigação de reconhecer legalmente uma ou outra atividade como serviço público. (ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito...**, p. 84).

⁷⁴ Tal princípio será estudado no item 1.2.

contemporâneos vão chamar de elemento material do conceito⁷⁵. Daí porque considera como serviços públicos a guerra, a polícia, a justiça e também a educação e a assistência social, o transporte coletivo local, interestadual e internacional e a energia elétrica⁷⁶.

Ao explicar o serviço público com enfoque no atendimento das necessidades sociais, DUGUIT acaba por adotar uma noção ampla do instituto. Isto porque, no ambiente do Estado de Direito, toda e qualquer atividade desempenhada pelo poder público somente justifica-se, ao menos no plano da legalidade formal, quando dirigida ao atendimento das demandas da sociedade, ou seja, admitindo-se a concepção sociológica proposta pelo autor, todas as atividades desempenhadas pelo Estado seriam serviços públicos.

Tal concepção foi, então, por esse motivo, objeto de acirradas críticas, ressaltando-se o fato de que, na teoria de DUGUIT, o próprio Estado passaria a ser definido como um conjunto de serviços públicos, admitindo-se, sob esse conceito, “atividades tão díspares a ponto de perder toda a utilidade.”⁷⁷

Dentre os autores que desenvolveram suas obras a partir das críticas a DUGUIT importa, para a abordagem realizada na presente tese, a posição de Gaston JÈZE⁷⁸, que também integrou a Escola do Serviço Público⁷⁹.

Segundo JÈZE, a noção de serviço público define-se não só pelo atendimento de necessidades sociais, mas também pela presença de um procedimento de direito público, identificando, assim, o que se convencionou chamar de regime jurídico específico do serviço público. Sustenta, portanto, que

⁷⁵ Ver, por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 668.

⁷⁶ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 33.

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 85.

⁷⁸ Como já se fez referência, dentre os autores clássicos que se opunham à doutrina de Leon DUGUIT no início do século XX, poderiam ser citadas as obras de Maurice HARIOU, conforme citado na nota 33, obra que não será melhor abordada no presente trabalho por centrar-se na noção de *puissance publique*.

⁷⁹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, após pontuar as divergências entre os doutrinadores franceses aqui referidos, reconhece um denominador comum aos autores da Escola do Serviço Público na “noção [que] opera como ideia-chave para o direito administrativo, cujo complexo de regras em torno dela se explicava e unificava. Daí a afirmação de que a tarefa do administrativista se cinge à teoria dos serviços públicos, eu o próprio Estado nada mais é que um conjunto de serviços públicos.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 136-137).

Toda vez que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo, en la forma más rápida y completa que sea posible, las necesidades de interés general.⁸⁰

Procura, então, com a referência a um regime jurídico específico, restringir a noção de serviço público de Leon DUGUIT, buscando identificar o instituto dentre as atividades desempenhadas pelo Estado. Como se vê, com a adoção de tal regime, estabelece o autor uma especial forma de prestação dos serviços públicos, tema que norteia a discussão da presente tese.

Além disso, JÈZE também se dissocia do pensamento de seu antecessor porque somente admite como serviço público atividades que estejam sob a égide do referido regime jurídico específico *por força de lei*. Assim, ainda que não negue a existência de um elemento teleológico no conceito de serviço público, admitindo que tais atividades devessem atender as necessidades coletivas, para ele, o catálogo dos serviços será definido, antes, mediante a atividade legislativa.

Ou seja, enquanto para Leon DUGUIT os serviços públicos são definidos pela sociedade e o legislador simplesmente tem o dever de “descobrir” quais são⁸¹, para JÈZE, estas atividades só serão serviços públicos se forem assim definidas por lei, na medida em que forem submetidas a um regime jurídico específico⁸².

Não por outro motivo, ressalta o autor que

⁸⁰ JÈZE, Gastón. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 04.

⁸¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, tal noção, em face de tal aspecto, não fornece elementos que permitam configurar sua fisionomia jurídica, caracterizando-se, por isso, como “um fenômeno que servirá de indicação para o político, o legislador.” Segundo o autor, “uma vez que se reporta diretamente à realidade social subjacente à construção jurídica, desdenha fornecer as referências concretas necessárias ao intérprete, juiz ou doutrinador, que se abroquele estritamente na perspectiva do cientista do Direito, isto é, daquele que se defronta com um sistema construído e não a construir.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 141).

⁸² Até porque, é inegável que nem todas as atividades de interesse geral são prestadas pelo Estado, como, por exemplo, o fornecimento de pão e leite. Sobre o tema, refere Francisco José Villar ROJAS: “é certo que o fornecimento de pão e de leite são essenciais, mas nesse casos a diferença – para os serviços públicos) radica na organização produtiva, ou seja, na possibilidade de criação de uma rede de padarias ou de autorizar múltiplos postos de venda de pão, enquanto o gás ou a água são fornecimentos condicionados pela utilização de uma infra-estrutura que limita a concorrência” (ROJAS, Francisco José Villar. **Privatización de servicios públicos**. Madrid: Tecnos, 1993, p. 155).

se habla única y exclusivamente de servicios públicos cuando las autoridades de un país, em determinada época, deciden satisfacer las necesidades de interés general, mediante el procedimiento del servicio público. La intención de los gobernantes es lo único que debe considerarse.⁸³

Assim, é possível identificar seu conceito de serviço público:

es um procedimiento técnico – y no el unico - com el que se satisfacen las necesidades de interés general. Decir que, en determinando caso, existe servicio publico, significa que los agentes tienen la posibilidad de usar procedimientos del derecho publico, de apelar a teorías y a reglas especiales, o sea, de recurrir a um régimen jurídico especial: este régimen se caracteriz por la subordinación de los interes privados al interes general: la organización del servicio es siempre modificable com arreglo a las necesidades del interés general, y, en consecuencia, legal y regulamentaria.⁸⁴

A concepção do serviço público como critério central do Direito Administrativo perdurou na França até meados do Século XX, quando se passa a falar da crise do instituto⁸⁵.

Para RIVERO⁸⁶, a constatação de que a atividade administrativa não se limita à prestação de serviços públicos e a gestão de tais atividades por particulares⁸⁷ foram os fatores que, segundo ele, levaram a noção de serviço público ao declínio.

⁸³ JÈZE, Gastón. Op. cit., p. 06. Celso Antônio Bandeira de MELLO resume a divergência entre DUGUIT e JÈZE nos seguintes termos: “enquanto DUGUIT conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, examinando a matéria mais em termos de ‘fieri’ que em termos de ‘facto’; (...) Jèze assume perspectiva formal, rigorosamente jurídica, e conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, ‘o processo de direito público’ e associa estreitamente serviço público administrativo e direito administrativo.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 151).

⁸⁴ JÈZE, Gastón. Op. cit., p. 18.

⁸⁵ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 38.

⁸⁶ Ibidem, p. 39.

⁸⁷ De acordo com Frank MODERNE, a flexibilização do elemento subjetivo do conceito de serviço público, com a permissão de que particulares desempenhassem tais atividades teria sido o principal fator a determinar a primeira crise do serviço público, o que teria ocasionado a “ruptura de la vinculación entre servicio público e intervención de una persona pública, al nivel nacional o local”. (MODERNE, Frank. Op. cit., p. 11).

Frank MODERNE acrescenta à análise de RIVERO que o surgimento da categoria dos serviços públicos virtuais também teria contribuído para o desprestígio do serviço público como a noção-chave do Direito Administrativo⁸⁸.

A noção de serviço público, entretanto, passa a ser novamente valorizada após a Primeira Guerra Mundial, com o crescente intervencionismo do Estado na economia⁸⁹. Parece certo afirmar, então, que é no contexto do Estado Social⁹⁰ que se amplia a prestação de tais serviços, atrelando-se a sua finalidade à promoção da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais de tal modelo de Estado. Destarte, passa a ser tarefa do Estado intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna⁹¹. E o instrumento eleito para realizar tal intento é o serviço público.

Pode-se dizer que foi o enfraquecimento do modelo liberal que implicou na necessidade de se conceber uma nova forma de atuação do poder público na esfera da sociedade, proclamando-se um novo *ethos* político: “a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social.”⁹²

Por isso, tem-se que “o estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas.”⁹³

A noção de serviço público que se apresenta neste modelo de Estado, ao menos no contexto francês que influencia o direito brasileiro⁹⁴, norteia-se pelos

⁸⁸ Para o autor constituem-se como serviços públicos virtuais “certaines actividades de interés general [que] no son susceptibles de ser ejercidas en condiciones satisfactorias por el libre juego de una explotación privada y pueden ser sometidas a reglas exorbitantes del derecho común” (Idem). A noção de serviço público virtual será objeto dos itens subsequentes.

⁸⁹ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 49.

⁹⁰ Não serão discutidas, no âmbito deste trabalho, as divergências doutrinárias sobre a nomenclatura atribuída ao Estado após a crise do Estado Liberal. Para tanto, remete-se o leitor à obra de Jorge Reis NOVAIS que, com maestria, discorre sobre as várias fórmulas que procuram identificar o Estado de cunho prestacional e democrático surgido, basicamente, a partir da promulgação da Constituição do México (1917) e de Weimar (1919). (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**, p. 188 e ss., principalmente).

⁹¹ O que significa, na dicção de Jorge Reis NOVAIS que o Estado “encara a esfera econômica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objectivos políticos por ele definidos.” (Ibidem, p. 193).

⁹² Idem.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 23.

postulados de DUGUIT (atendimento de necessidades sociais) e JÈZE (regime jurídico específico). Admite-se, porém, a relativização em face do chamado elemento subjetivo do serviço público – permitindo-se, com isso, a sua exploração pelos particulares, mas sob vínculo com o poder público (concessões e permissões).

O que efetivamente se altera, então, no seio do Estado Social, é o elenco de tais atividades. Destarte, enquanto no Estado Liberal traduziam-se basicamente em serviços necessários à implantação de infraestrutura, agora tais serviços vinculam-se diretamente à concretização dos direitos sociais⁹⁵.

Por isso, Manuel Aragón REYES sustenta que o Estado Social implica na assunção de novas tarefas, que convivem com as antigas, tais como as atividades de ordem pública, polícia, segurança, defesa.⁹⁶ Tal assertiva leva o autor à conclusão de que o Estado Social não se apresenta como um modo de ‘ser’ do Estado, mas como uma específica forma de atuação do Poder Público.⁹⁷

Não é este o entendimento de Ariño ORTIZ. Para o autor, com o intervencionismo estatal o conceito de serviço público assumiu uma conotação que implicou na reserva das atividades a favor do Estado, convertendo-as em *tarefas públicas exclusivas*⁹⁸. Toma-se, então, tal categoria como um instrumento à disposição do Estado para realizar o interesse público, proibindo-se a titularidade de tais serviços pela iniciativa privada⁹⁹.

Alexandre Santos ARAGÃO, filiando-se às ideias de Ariño ORTIZ afirma que havia uma demanda social para que o Estado assumisse a titularidade exclusiva destas tarefas principalmente porque, segundo ele, a exploração por particulares,

⁹⁴ MENEGALE, J. Guimarães. **Direito administrativo e ciência da administração**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1950, p. 93 e CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 3. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 195.

⁹⁵ Sobre o tema, ver o segundo capítulo da presente tese.

⁹⁶ REYES, Manuel Aragón. La democracia social y economica. Los conceptos economicos y sociales. In: GARCIA-TUNÓN, Ángel Marina. **Economia Y derecho ante el siglo XXI**. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 18.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. Op. cit., p. 484. Ainda que essa perspectiva já estivesse presente na obra de DUGUIT, como antes ressaltado.

⁹⁹ No último item do presente capítulo, será retomada tal ideia.

sob regime privado, de setores estratégicos constituídos como monopólios naturais, impedia o acesso adequado de tais serviços por grande parcela da população.¹⁰⁰

Tal discussão pode ser ilustrada com o exemplo das telecomunicações, na esteira do pensamento de Nicoletta RANGONE. Segundo a autora, a busca por uma maior segurança na transmissão de dados e o objetivo de que tais serviços possam ser mecanismos de participação na vida social e culturais foram fatores que levaram o Estado a excluir os particulares da sua prestação¹⁰¹. Aponta, ainda, a autora, que a exclusividade do Estado visava, ainda, a necessidade de redução de custos e até a maior difusão do serviço¹⁰².

A ampliação dos deveres do poder público em relação à sociedade, que caracteriza o Estado Social, impõe, na mesma medida, o incremento da finalidade do serviço público, tomado não só como mecanismo de coesão social, mas também, como instrumento de distribuição de riquezas. A atuação do Estado, então, no campo dos serviços públicos, assegura “um conjunto de prestações tendentes a garantir uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais”¹⁰³

O serviço público tomado nesta perspectiva chega ao Brasil somente com a Constituição de 1988, que consagrou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, atribuindo ao poder público o dever de concretizar os direitos fundamentais, inclusive os de cunho social.

É bem verdade que o surgimento do serviço público no país remonta ao período colonial. Tais serviços teriam sido implementados com o objetivo de construir, nas terras da colônia, uma estrutura que permitisse aos nobres portugueses viver com um mínimo de conforto e de benesses¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ RANGONE, Nicoletta. **Trattato di diritto amministrativo** (a cura di Sabino Cassese). Milano: Giuffrè, 2000, p. 1785.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**, p.196.

¹⁰⁴ Sobre a história dos serviços públicos no Brasil, no prisma do Direito Administrativo, consulte-se a obra de ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 55-78, tomada como referência nos próximos parágrafos da tese.

De acordo com Alexandre dos Santos ARAGÃO, “foi com a vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil que se começou a pensar sobre os serviços públicos de infra-estrutura urbana”¹⁰⁵ porque “a nobreza portuguesa, não suportando o odor e a insalubridade do Rio de Janeiro, pressionou o Rei para que tomasse providências.”¹⁰⁶

Com o advento da República, norteada pelas ideias liberais clássicas francesas,¹⁰⁷ o serviço público mantém-se como instrumento de viabilização de infraestrutura, traço que, na era do Estado Novo seria intensificado de maneira a assegurar o desenvolvimento do país, em áreas voltadas para a segurança¹⁰⁸ e desenvolvimento¹⁰⁹.

A preocupação com a estatização de tais atividades, a partir da década de 30, pode ser verificada na obra de Bilac PINTO:

O Estado que não tiver o controle real dos serviços de utilidade pública [eletricidade, gás, telefone, ferrovias] será sempre impotente em face dos *managements* das *holdings companies*, pois que o seu poder estará permanentemente dividido com estas formidáveis potências econômicas.¹¹⁰

Comentando os famosos discursos de Getúlio Vargas, Alexandre Santos ARAGÃO¹¹¹ afirma que já havia, neste momento, uma acentuada preocupação com a igualdade social, reconhecendo-se, ao Estado, o dever de *acudir o proletariado*.

Ainda com base nas ideias de tal autor note-se que no regime militar a estatização foi mantida no país, implicando a proliferação das entidades da

¹⁰⁵ Ibidem, p. 59.

¹⁰⁶ Idem. Assim, como sugere o autor, remonta a tal período a implantação de ferrovias e eletrificação urbana (Ibidem, p. 61).

¹⁰⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 557.

¹⁰⁸ Ver, nesse sentido, DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. **Controle das empresas estatais**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29.

¹⁰⁹ FAORO, Raymundo. Op. cit., p. 802. Ver, também, SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65.

¹¹⁰ PINTO, Bilac. **A regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 87.

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 65. Ver, sobre o tema, por todos, FAORO, Raymundo. Op. cit., p. 752 e ss.

administração pública indireta, notadamente empresas públicas e sociedades de economia mista¹¹², em um crescente processo de descentralização administrativa¹¹³.

O regime político do país, contudo, não permitia a consolidação do serviço público como efetivo instrumento de concretização dos direitos sociais. É a Constituição Federal de 1988 que, no seio de redemocratização do Estado Brasileiro, permite a leitura do serviço público como o conjunto de ofertas positivas assumidas pelo poder público por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, diretamente vinculadas à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁴.

1.2 A NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E SEUS ELEMENTOS

Ainda que seja possível identificar a noção¹¹⁵ de serviço público adotada em um determinado contexto histórico-político, a partir do referencial oferecido pela Teoria do Estado, o certo é que o tratamento do tema encontra na doutrina enorme pluralidade de posicionamentos¹¹⁶. Seja em relação ao seu conteúdo e nível de

¹¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito...**, p. 61.

¹¹³ Os objetivos almejados com a estatização dos serviços mediante a criação de tais entidades não foram atingidos. Com efeito, a descentralização facilitou a fuga do regime jurídico administrativo, em detrimento das garantias do interesse público. A contratação direta sem concurso público, a aquisição de bens e serviços sem licitação, a realização de empréstimos internacionais sem aprovação do Senado Federal constituíam-se nas políticas comuns dessas entidades, o que implicou em um crescente movimento pela democratização da Administração Pública, que desembocaria na Constituição Federal de 1988.

¹¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios a experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, 2002, p. 17.

¹¹⁵ Adotando-se o posicionamento da maior parte da doutrina, não se tratará do conceito de serviço público, mas sim de sua noção, sob a justificativa trazida por Eros Roberto GRAU: "o conceito é atemporal. Pode-se estudar como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo, nem, por consequência, a História podem ser objeto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode-se definir com o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas." (GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264-265).

¹¹⁶ No Brasil, Fernando Herren AGUILLAR resume o posicionamento da doutrina pátria no que se refere à divergência no conceito de serviço público. Para ele, é possível identificar duas

abrangência, seja quanto à titularidade ou regime jurídico aplicável, dentre outros aspectos correlatos, não se consegue vislumbrar nem um mínimo de consenso acadêmico.

No âmbito nacional, o constituinte não se preocupou em definir o instituto, ainda que apareça expressamente no texto das Cartas Constitucionais desde 1934¹¹⁷.

Seguindo a tradição das demais Constituições, a Carta de 1988 igualmente não traz uma definição precisa do instituto, sendo que a expressão é utilizada com sentidos diferenciados ao longo de seus dispositivos.

Ainda assim, voltada ao objetivo de concretizar os valores de um Estado Social e Democrático de Direito e buscando romper com as estruturas de um Estado até então autoritário, o constituinte originário fornece referenciais que permitem identificar a noção de serviço público pretendida para a sociedade brasileira¹¹⁸.

Para situar a noção de serviço público a partir do conjunto de princípios que formam o chamado regime jurídico administrativo,¹¹⁹ consagrado na Constituição

posições básicas: (i) o primeiro grupo, chamado pelo autor de convencionalistas-legalistas, para quem o conceito de serviço público dependeria de disposições constitucionais ou legais. Cita o autor, dentro deste primeiro grupo, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO; (ii) já no segundo grupo, os essencialistas, definem serviço público como atividades que atendem necessidades relevantes da população que não poderão ser devidamente atendidas pela iniciativa privada. Representando tal corrente, o autor refere Eros Roberto GRAU. (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 126).

¹¹⁷ A primeira referência à expressão *serviço público* no sentido de função aparece, pela primeira vez, no Parágrafo Único do art. 17, da Constituição de 1934. Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, comentando o surgimento, esclarece que desde então, não foi “erigido algum conceito constitucional de serviço público.” (GROTTI, Dinorah Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 89).

¹¹⁸ Deve-se atribuir, portanto, ao serviço público, nos termos em que é previsto na Carta Constitucional de 1988, a dimensão da prospectividade que caracteriza a Constituição. Nesse sentido, segundo Clèmerson Merlin CLÈVE, a CF/88 fala o que a sociedade brasileira quer ser. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória). In: Evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, 1994, Rio de Janeiro. Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: COAD, 1994, p. 47.) No mesmo sentido, o autor reconhece como uma renovada linha doutrinária a da *dogmática constitucional emancipatória*. Neste aspecto, afirma que esta “consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomente uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança de triste condição que acomete a formação social brasileira.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, nº 22, jul-dez. 2003, p. 18). É este o pano de fundo no qual pretende-se desenvolver a presente tese.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso...**, p. 95 e ss.

Federal de 1988, impõe-se releitura do instituto sob o enfoque que visa consagrar a dignidade dos cidadãos brasileiros¹²⁰.

A partir de tal perspectiva, a leitura dos dispositivos da Carta Magna indica ao menos dois critérios sob os quais foi utilizada a expressão *serviço público*, quais sejam, o critério subjetivo ou orgânico e o objetivo.

Segundo Dinorah Adelaide Musetti GROTTI, o primeiro critério referido indica uma certa confusão da própria Administração Pública com a categoria de serviço público¹²¹. Jean RIVERO, sobre a utilização do serviço público para identificar a estrutura administrativa assevera que “a expressão [serviço público] designa um conjunto de agentes e de meios que uma pessoa pública afecta a uma mesma tarefa...”¹²²

Na doutrina nacional, Celso Antônio Bandeira de MELLO pontua que “em sentido subjetivo o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público.”¹²³

Na Carta de 1988, o disposto no art. 37, XIII, por exemplo, indica a adoção desse sentido, quando prevê que “é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público;”. Da mesma maneira, a disposição do art. 40, III, que trata do direito dos servidores à aposentadoria voluntária, desde que “cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público...”. Ou, ainda, a previsão do art. 8º, § 4º, do ADCT: “Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador, serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.”¹²⁴

¹²⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

¹²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 33.

¹²² RIVERO, Jean. Op. cit., p. 492. Ainda nesse sentido, assevera Celso Antônio Bandeira de MELLO: “em sentido subjetivo, o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. É uma organização pública de poderes e competências.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso...**, p.151).

¹²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso...**, p.151. No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 294.

¹²⁴ No mesmo sentido, ainda, os arts. 39, § 7º; 40, § 16; 136, § 1º, II. No ADCT, ainda, os arts. 2º, § 1º; 19 e 53.

Já de acordo com o critério objetivo¹²⁵, o serviço público é entendido como função¹²⁶ a ser desempenhada pela Administração Pública, conforme estabelecem os arts. 21, X, XI, XII¹²⁷.

No presente trabalho, parte-se da noção do serviço público neste último sentido, podendo ser entendido, então, a partir do aporte da doutrina publicista, como uma atividade prestacional de oferecimento de comodidades materiais¹²⁸ à coletividade¹²⁹, titularizada pelo Estado e prestada por ele ou por quem lhe faça as vezes, subordinada a um regime jurídico específico de direito público, conforme atribuição normativa. Tal atividade caracteriza-se, ainda, por um elemento

¹²⁵ De acordo com Celso Antônio Bandeira de MELLO, nesse sentido “a expressão pode significar também uma atividade, uma função. Não designará, pois, uma subjetividade, senão uma tarefa, uma atividade, havida como objeto.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 152).

¹²⁶ Há, sem embargo, quem adote um conceito bem amplo, denominando por serviço público todas as funções desempenhadas pelo poder público. Na doutrina nacional, tal ideia é traduzida por Odete MEDAUAR, que afirma: “a expressão ‘serviço público’ Às vezes vem empregada em sentido muito amplo, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública, desde uma carimbada num requerimento até o transporte coletivo. Quando se fala ‘ingresso no serviço público’ é atribuído sentido amplo ao termo. Se esta fosse a acepção adequada, todo o Direito Administrativo conteria um único capítulo, denominado ‘serviço público’, pois todas as atividades da Administração se incluiriam. No sentido amplo da expressão ‘serviço público’ são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, quando se menciona o seguinte: o Judiciário presta um serviço relevante; o Legislativo realiza um serviço público. Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público.” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 313).

¹²⁷ Art. 21. Compete à União: “(...) X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura portuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites do Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...)”

¹²⁸ Expressão de Celso Antônio Bandeira de MELLO (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso...**, p. 665).

¹²⁹ Tal referência é fundamental. Ou seja, o serviço só será público se for prestado para a universalidade de cidadãos. A afirmativa parece pueril, contudo, adquire contornos fundamentais que permitem a identificação de uma dada atividade como serviço público. Veja-se, nesse caso, a questão da produção de energia elétrica por particulares. Não se vê, tal situação como algo a questionar a natureza do serviço, mas sim como uma atividade que não integra o conceito de serviço público porque não é ofertada à coletividade. Assim como o serviço de comunicador interno de uma empresa, exemplo trazido por Celso Antônio Bandeira de MELLO (Ibidem, p. 685).

teleológico, já que visa prover necessidades reconhecidas pela sociedade como imprescindíveis à concretização da dignidade da pessoa humana¹³⁰.

A noção acima delineada toma como marco teórico o conceito elaborado por Celso Antônio Bandeira de MELLO, que identifica o serviço público como a atividade na qual há o

oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo.¹³¹

De acordo com o autor, de tal noção é possível identificar dois elementos: o material – como a prestação de uma atividade de utilidade pública - e o formal – como atividade submetida a um específico regime de direito público¹³².

Porém, ainda que Celso Antônio Bandeira de MELLO não destaque o traço da subjetividade como elemento autônomo do serviço público, é certo que em seu conceito refere que tal função será sempre prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes¹³³.

Desse modo, o estudo da categoria de serviço público passará, necessariamente, pela discussão de três referenciais: o chamado elemento subjetivo – que indica um vínculo orgânico da atividade com o poder público, o elemento material – que, em certa medida, confunde-se com a finalidade do instituto – e o elemento formal – que aponta não só a sua previsão normativa, como também o

¹³⁰ Conforme posicionamento adotado por Romeu Felipe BACELLAR FILHO (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder..., p. 14).

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 404. Em 1968, em sua clássica obra *Natureza e regime jurídico das autarquias*, o autor conceituava serviço público como a atividade “que se consubstancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 170).

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 408 e ss. Em relação ao elemento formal, sustentava o autor, já em 1968, que “devemos considerar, todavia, que o objeto do jurista é sempre um sistema de normas. Quando constrói e maneja a noção de serviço público o que pretende, afinal, é produzir uma ideia-chave e através dela reconhecer se ocorre ou não um certo regime.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 156).

¹³³ Afirma que os serviços públicos “pertencem, por definição, ao setor público e estão nele inamovivelmente sediados (...). Isto não significa que não possam ser prestados por particulares. Significa, entretanto, que o titular deles é o Estado: que a senhoria sobre eles fica permanentemente retida em mãos do Poder Público (...)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Privatização e serviços públicos*. **Revista trimestral de serviço público**, São Paulo, n. 22, p. 173).

regime jurídico sob o qual é prestado tal atividade. São esses os elementos que, de acordo com o posicionamento adotado na presente tese, ressaltam do texto constitucional.

Com efeito, no que se refere ao vínculo orgânico, o art. 175, da Carta Magna, estabelece que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Tradicionalmente, portanto, entende-se que o serviço público é uma das atividades atribuídas ao Estado¹³⁴, que seria o ente com condições de titularizar e exercer as funções diretamente relacionadas à concretização dos valores mais caros de uma sociedade. Tal entendimento está fortemente influenciado pela concepção política adotada em cada país, em cada momento histórico¹³⁵, conforme restou assentado no item 1.1.

A doutrina nacional do Direito Administrativo sempre considerou que o serviço público “diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo”, conforme pontua Odete MEDAUAR¹³⁶. A mesma autora afirma, ainda, que há uma relação de dependência entre a atividade e o poder público, ou seja, “a Administração é responsável pela atividade (...) tem, assim, parte preponderante na organização.”¹³⁷

No mesmo sentido, Adilson Abreu DALLARI, ainda que admita uma concepção mais ampla de serviço público, não deixa de lado a vinculação da

¹³⁴ Nesse sentido, Fernando Herren AGUILLAR sustenta que “por imposição constitucional, os serviços públicos são de competência estatal”. (AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 123).

¹³⁵ Para citar mais um posicionamento neste sentido, veja-se que Caio TÁCITO afirmou que “o âmbito do serviço público exprime as oscilações políticas do Estado. A moderna tendência intervencionista no domínio econômico e social atraiu para o terreno da atividade administrativa um elenco de serviços que não figuram nos modelos clássicos da Administração Pública.” (TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 639). De igual maneira, Odete MEDAUAR afirma que “Saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição.” (MEDAUAR, Odete. **Direito...**, p. 314).

¹³⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito...**, p. 311.

¹³⁷ Ibidem, p. 315.

atividade com o poder público, na medida em que afirma que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados...”¹³⁸

Carmen Lúcia Antunes ROCHA de igual maneira pontua que o serviço público seria a “atividade prestada pela entidade pública a quem o Direito entregou a competência para o seu desempenho ou por alguém em seu nome e sob sua responsabilidade.”¹³⁹ É também esse o entendimento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO¹⁴⁰, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹⁴¹, José CRETELLA JÚNIOR¹⁴², Hely Lopes MEIRELLES,¹⁴³ Diógenes GASPARINI¹⁴⁴, por exemplo.

Na doutrina estrangeira tem-se igualmente o reconhecimento do vínculo subjetivo como traço presente na noção de serviço público, admitindo-se que se tratam de atividades em que “a intervenção de uma pessoa pública é indispensável,”¹⁴⁵ como assevera Jean RIVERO.

CASSAGNE, contudo, admite o elemento subjetivo de maneira cautelosa. Lembra que este foi um dos vetores da primeira crise do serviço público, em face de um grande número de atividades prestadas por particulares, sem ato típico de delegação do Estado (concessão ou permissão)¹⁴⁶. Porém, para o autor, tal circunstância não é suficiente para questionar ou minimizar o alcance do instituto do

¹³⁸ Eis seu conceito de serviço público em sentido amplo: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividades ou simples conveniências do Estado.” (DALLARI, Adilson Abreu. Conceito de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 112-117, 1996, p. 113).

¹³⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios...**, p. 604.

¹⁴⁰ “O Estado pode prestar *diretamente* ou serviço público (mediante órgãos ou pessoas jurídicas criadas para esta finalidade por delegação legal), ou *indiretamente*, por meio de concessão ou permissão a empresas particulares.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder..., p. 17).

¹⁴¹ “O serviço público é sempre incumbência do Estado...” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94).

¹⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil**. São Paulo: RT, 1958. v. 2, p. 39.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 297.

¹⁴⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 141.

¹⁴⁵ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 494.

¹⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit.

serviço público, permitindo, ao contrário, o seu alargamento¹⁴⁷, configurando o que denomina *serviço público virtual*.

O serviço público virtual, então, trata-se de uma categoria que permite estender, excepcionalmente, o regime jurídico dos serviços públicos a atividades titularizadas por particulares. Para o autor argentino, tal categoria não configura uma exceção ao princípio da titularidade privada da atividade, mas sim “mera extensión del régimen jurídico del servicio público propio, cuya fuerza expansiva no llega, sin embargo, a producir una verdadera *publicacio*.”¹⁴⁸

Gaspar Ariño ORTIZ¹⁴⁹ e Jean RIVERO¹⁵⁰ igualmente identificam os serviços públicos virtuais como atividades privadas que, por ostentarem interesse geral, impõem ao poder público o exercício de intenso controle e a exigência de que sejam prestadas sob regime jurídico especial.

A categoria é pouco desenvolvida no Brasil¹⁵¹, embora a experiência brasileira na regulamentação de determinadas atividades indique serviços que se constituem como serviços públicos virtuais. É o caso, por exemplo, dos serviços de educação e saúde, quando prestados pelos particulares¹⁵².

Para Agustín GORDILLO, entretanto, não existem serviços públicos virtuais. O autor refuta a categoria porque, segundo ele, a identificação de tais atividades dependeria somente de um juízo fundado no caráter da essencialidade da noção, o

¹⁴⁷ “En lo que concierne a la persona que atiende el servicio público el hecho que se admita – por vía de hipótesis – que las actividades sean prestadas por particulares *jure próprio* – como lo taxis – fuera del campo de las figuras tradicionales de transferencia de funciones estatales (concesiones y permisos) implica, a lo sumo, una ampliación de la institución, lo cual, por lo demás, nació para regular la actividad de concesionarios privados a quienes se les transferían poderes públicos imponiéndoles, como contrapartida, un haz de deberes, obligaciones y cargas típicos de la función administrativa, pero que, desde entonces, pasaron a constituir el regimen del servicio público (continuidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad).” (CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. t. 2, p. 423). “lo que hay que destacar en este proceso, es el hecho de haberse operado la extensión de la institución a ciertas actividades que los particulares ejercen *jure próprio*, calificadas por la ley como servicios públicos y sometidas a su régimen jurídico.” (Idem).

¹⁴⁸ Ibidem, p. 427.

¹⁴⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño. Op. cit., p. 504.

¹⁵⁰ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 493.

¹⁵¹ Veja-se, por exemplo, a tratativa do serviço público virtual no trabalho de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 116 e ss. e ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 240 e ss.

¹⁵² A natureza dos serviços de saúde e educação será referida no próximo item.

que poderia alcançar qualquer atividade humana. Veja-se, contudo, que o autor pressupõe que o reconhecimento do serviço público virtual seria feito com base exclusivamente na presença ou não de uma *finalidade de serviço público*¹⁵³.

Todavia, o posicionamento de CASSAGNE, que, nesse tópico, é adotado na tese, pressupõe que é a lei que estabelecerá quais são as atividades que ostentarão a natureza de serviços públicos virtuais. Tanto assim que o autor se preocupa em demonstrar a necessária compatibilidade de tal definição legal com o respeito ao princípio da livre iniciativa – na medida em que o reconhecimento de uma atividade como serviço público virtual implicará a limitação da liberdade de sua prestação em face dos princípios que lhe serão aplicados¹⁵⁴.

Contudo, não se pretende, com a adoção da categoria dos serviços públicos virtuais, relativizar ou afastar o elemento subjetivo para a caracterização da noção de serviço público. Ao contrário, entende-se que os serviços públicos virtuais não são espécies de serviço público, sendo assim chamados tão-somente em homenagem ao fato de que se estendem a eles alguns dos princípios que informam a prestação dos serviços públicos típicos, conforme determinação legal.

A categoria parece útil, no entanto, para demonstrar a importância dos princípios que compõem o regime jurídico do serviço público, cuja aplicação, ainda que relativizada, deve se dar até mesmo para algumas atividades que, a rigor, não são tratadas como serviço público *stricto sensu*¹⁵⁵.

Além disso, a noção de serviço público virtual também terá utilidade para se compreender o tratamento atribuído pela legislação brasileira a alguns serviços que, tradicionalmente, eram tratados como serviços públicos e, atualmente, para alguns, teriam deixado de ostentar tal natureza (telecomunicações, correios, produção de energia).

¹⁵³ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2, p. VI – 38.

¹⁵⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho...**, p. 428.

¹⁵⁵ Tal justificativa pode ser encontrada em face da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Como se sabe, os direitos fundamentais, na concepção que lhes é conferida atualmente, não têm sua eficácia restrita ao poder público. Ao contrário, pela chamada eficácia horizontal de tais direitos tem-se que eles vinculam também os particulares às suas emanções. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: 2004, p. 277) Assim, a categoria do serviço público virtual pode ser compreendida como consequência do reconhecimento do serviço público como garantia fundamental, entendendo, assim, que seus comandos vinculam, em certa medida, os particulares, na dimensão de sua eficácia horizontal.

O critério subjetivo, contudo, apesar de reverter-se de importância, não suscita maiores controvérsias, sendo pacífico, na doutrina e na jurisprudência que o serviço público se traduz como função administrativa atribuída ao Estado e prestada por ele ou por seus delegatários. Não por outra razão, Juarez FREITAS afirma que “em lugar da primazia dada ao sentido subjetivo do serviço público, parece conveniente enfatizar a essencialidade, (...), não assim o órgão ou a pessoa que o presta.”¹⁵⁶

A essencialidade do serviço público pode ser pensada a partir do caráter material que indica o atendimento de necessidades coletivas¹⁵⁷. É o que faz Juarez FREITAS quando define o serviço público a partir de uma perspectiva material, pois considera que “é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático”¹⁵⁸ e continua afirmando que “a sociedade não pode prescindir de sua adequada prestação, justamente porquanto considerado, num dado contexto histórico, como essencial à consecução de seus fins”¹⁵⁹. Busca-se, com tal critério, o chamado “lucro social”, conforme o pensamento de Carmen Lúcia Antunes ROCHA.¹⁶⁰

Tem-se, desse modo, que a atividade estatal denominada serviço público consiste no oferecimento, aos cidadãos, de utilidades ou comodidades materiais, que o Estado assume por serem reputadas imprescindíveis ao atendimento de

¹⁵⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 313.

¹⁵⁷ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 203.

¹⁵⁸ O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31. O autor vincula, ainda, a tal noção, a necessidade de que seja prestado a partir de um “regime peculiar juspublicista.” De qualquer modo, para ele a ideia da essencialidade é central na definição das atividades consideradas como serviço público pois, para ele, tal noção permite “expungir da categoria dos serviços públicos aqueles que constituem simples interesse subalterno ou, o que tão ou mais grave, mera conveniência episódica governamental...” (Ibidem, p. 33). O caráter da essencialidade, assim, é visto pelo professor gaúcho como o elemento que permite identificar o Estado Essencial, o qual “busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais.” (Idem).

¹⁵⁹ FREITAS, Juarez. Regime dos serviços públicos e a proteção dos consumidores. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 21-50, abr./jun. 2001, p. 23.

¹⁶⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios...**, p. 507.

conveniências básicas da sociedade, em determinado contexto histórico-social, definido como instrumento que viabiliza o acesso aos direitos fundamentais¹⁶¹.

O elemento material, então, integra a noção de serviço público, ao lado do elemento subjetivo, orientação que não é aceita de forma unânime no cenário nacional. Marçal JUSTEN FILHO¹⁶² e Eros Roberto GRAU¹⁶³, por exemplo, ressaltam o aspecto material do serviço público como o núcleo do conceito, do qual decorrem a titularidade do Estado e o regime jurídico de direito público.

Em sentido ainda diverso, Alexandre Santos de ARAGÃO assevera que os serviços públicos caracterizam-se como “atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”¹⁶⁴

Observa-se que o autor refere-se a atividades ligadas ao *bem-estar da coletividade*. Não faz referência à dignidade da pessoa humana como fim buscado pelo serviço público porque, segundo ele, em alguns serviços públicos diretamente ligados à infraestrutura, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica a grandes indústrias e o transporte hidroviário de minério, a relação com tal valor seria apenas indireta, “como decorrência do desenvolvimento da sociedade como um todo”¹⁶⁵.

Como se percebe, o conceito do autor não aborda o elemento formal, daí porque não é possível, a partir dele, distinguir tal atividade das atividades econômicas prestadas pelo Estado, questão esta que será objeto do item 1.3, abaixo.

¹⁶¹ A partir de tais características, adota-se o posicionamento de que o serviço público ostenta a natureza de garantia fundamental, ou seja, um direito fundamental em sentido lato, que se presta para proteger ou instrumentalizar o exercício dos direitos ou liberdades fundamentais, na clássica formulação de Vieira de ANDRADE (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 187 e ss.) Tais ideias serão melhor exploradas no item 1.4.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 21.

¹⁶³ GRAU, Eros Roberto. **Constituição...**, p. 257.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 157.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 163.

Verifica-se, então, que o elemento material é tomado pelos doutrinadores brasileiros como um dos traços que caracterizam o serviço público. Ainda que os autores aqui estudados não atribuam a tal elemento a mesma nomenclatura e alcance, como se viu, é possível identificar, como traço comum entre todos, no que se refere ao aspecto material, que se está tratando de atividade que visa atender a necessidades coletivas¹⁶⁶.

Conforme foi referido no item anterior, o elemento material foi o traço que caracterizou a noção de serviço público desde a sua concepção clássica, formulada pelos autores da Escola de Bordeaux, orientação que continua a influenciar a doutrina estrangeira. CASSAGNE, por exemplo, afirma que o serviço público constitui-se em atividade prestacional, de natureza administrativa, de cunho obrigatório, que visa satisfazer necessidades básicas e diretas dos habitantes¹⁶⁷.

O elemento material define, portanto, o fim buscado pelo Estado com a prestação dos serviços públicos. Assim, na perspectiva adotada na tese, deve traduzir-se na concretização dos direitos fundamentais de cunho social, previstos na Carta Magna de 1988, conforme assevera Romeu Felipe BACELLAR FILHO.¹⁶⁸ É a ideia da instrumentalidade do serviço público, que se apresenta como meio que, “ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa

¹⁶⁶ Em uma perspectiva absolutamente dissonante, Fernando Herren AGUILLAR pontua que a prestação de serviços públicos se dá no interesse público, “interesse do Estado, que não corresponde necessariamente a todos os interesses coletivos, nem da sociedade como um todo. O interesse do Estado pode ser mais ou menos abrangente, mas será sempre o interesse do Estado, ou melhor, daqueles que são capazes de imprimir à sua atuação a marca de sua vontade.” (AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 120).

¹⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho...**, p. 425. O autor vai além em sua concepção de serviço público reconhecendo o regime jurídico publicista como traço inerente a tal atividade, conforme será abaixo referido.

¹⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008, p. 603-608; p. 607. O mesmo posicionamento é assumido por Juan Carlos CASSAGNE, que vincula o serviço público às melhorias em relação à dignidade e qualidade de vida dos cidadãos (CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis..., p.385).

humana”.¹⁶⁹ A dignidade da pessoa humana também é tomada como a finalidade do instituto por Marçal JUSTEN FILHO¹⁷⁰.

Tal leitura justifica-se em face das prescrições do art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que estabelece como fim da ordem econômica¹⁷¹ – na qual se insere a categoria de serviços públicos - assegurar a todos existência digna, de acordo com os cânones da justiça social¹⁷².

Ao lado do elemento material do serviço público, cabe a referência, ainda, ao seu elemento formal. Em uma primeira abordagem, tal elemento indica que os serviços públicos dependem de expressa previsão legal¹⁷³.

Para Agustín GORDILLO, esse é o único traço que permite reconhecer uma atividade como serviço público. Nega, com isso, qualquer referência a um elemento material em sua noção de serviço público, na medida em que afirma que “es necesario terminar con este experimento esencialista que la doctrina há ensayado por décadas y volver a aplicar una sana dosis de mínima dogmática jurídica para restablecer el orden”¹⁷⁴.

Embora não se comungue com essa perspectiva, reconhece-se importância ao elemento formal do serviço público, tomando-se tal elemento como aquele que

¹⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder..., p. 14. Note-se, mais uma vez, a definição do serviço público como uma garantia fundamental.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 44. Conforme refere o autor, adotava, até 2003, o entendimento de que todas as atividades previstas no elenco constitucional traduziam-se como serviços públicos por inerência. Mudou, contudo, seu posicionamento para adotar um critério eminentemente material. O fundamento de tal entendimento pode ser encontrado, por exemplo, na seara do Direito Constitucional, em autores que postulam a necessidade de se identificar conteúdos **essencialmente constitucionais**, aqueles que são **dignos de serem constitucionais**. A título de exemplo, veja-se as obra de STERN, Klaus. **Derecho del estado de la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 231.

¹⁷¹ Sobre o serviço público enquanto espécie do gênero de atividade econômica ver GRAU, Eros Roberto. **A ordem...**, p. 110 e ss. O tema será objeto do item 1.4, abaixo.

¹⁷² Da mesma forma, GRAU, Eros Roberto. **Constituição...**, p. 251.

¹⁷³ Nesse sentido, Fernando Herren AGUILLAR adota concepção mais restrita afirmando que “o parâmetro, portanto, para decidir se uma atividade econômica é ou não serviço público não é a definição doutrinária, mas seu enquadramento na previsão constitucional.” (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle...**, p. 135). Raquel Dias da SILVEIRA, inserindo tal ideia em uma perspectiva sociológica afirma que “o elemento primordial da definição é a existência de uma manifestação da vontade do Estado, influenciada por valores sociais, políticos, econômicos e históricos, que eleva determinada atividade material à categoria de serviço público, por meio do texto constitucional.” (SILVEIRA, Raquel Dias da. **Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 48).

¹⁷⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado...**, p. VI – 41.

permite identificar tal noção¹⁷⁵ dentre as demais atividades prestadas pela Administração¹⁷⁶. Fala-se, aqui, de um conjunto de princípios e regras que caracterizam o serviço público, catálogo este que configura o que Marçal JUSTEN FILHO denomina de regime jurídico específico.¹⁷⁷ Aplicam-se, ainda, ao serviço público, todos os princípios que compõem o Regime Jurídico Administrativo, calcado nas noções de prerrogativas e sujeições, conforme definido por RIVERO¹⁷⁸.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO entende que a atividade de serviço público não poderá, em hipótese alguma, estar dissociada do regime jurídico administrativo. Segundo ele, os princípios que compõem tal regime

devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que compõem a Administração Pública indireta), mas também

¹⁷⁵ “Portanto, serviço público, como conceito jurídico, só pode ser igual a um ‘regime jurídico’ (...) Haverá serviço público quando o legislador atribua um regime especial – o administrativo – a determinadas atividades.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 156).

¹⁷⁶ Ver, nesse aspecto, o posicionamento de Bernard CHENOT, que, segundo a leitura de Celso Antônio Bandeira de MELLO, parece ser a evolução natural do pensamento de JÉZE na medida em que entende que “o que importa (...) é saber qual o regime jurídico aplicável a um conjunto de atos e esta é a preocupação do juiz e do jurista em geral.” Ainda na ótica do autor paulista, CHENOT “opta, então, pelo método de apreender a noção de serviço público no próprio regime que o caracteriza – diretamente, pois – abandonando qualquer validade de identificá-lo materialmente, isto é, por uma eventual perquirição dos traços encontráveis nas entidades que o desempenham ou no tipo de atividade que exercem.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 156).

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 20. É certo que tais princípios poderão informar outras atividades administrativas. Porém, é a presença dos três princípios – universalidade, modicidade das tarifas e continuidade - aliados, ainda, aos outros traços imputados a esta categoria, que permitirá a identificação da noção de serviço público. Com efeito, não se está afirmando, no presente trabalho, que os demais serviços prestados pelo poder público não tenham a incidência de alguns aspectos referentes à universalidade, continuidade ou modicidade. Todavia, o sentido adotado por tais princípios, na matéria referente aos serviços públicos é que os caracterizam como integrantes desse chamado regime jurídico de serviço público. Como o tema é central para a presente tese, será melhor estudado no item seguinte do presente capítulo.

¹⁷⁸ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 42. No Brasil, o autor que melhor trata do tema do regime jurídico administrativo é Celso Antônio Bandeira de MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 95 e ss.), conforme referência na nota nº 77. Elenca, assim, como princípios que integram o regime jurídico administrativo os seguintes: (i) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da finalidade; (iv) princípio da razoabilidade; (v) princípio da proporcionalidade; (vi) princípio da motivação; (vii) princípio da impessoalidade; (viii) princípio da publicidade; (ix) princípios do devido processo legal; (x) princípio da moralidade administrativa; (xi) princípio do controle judicial dos atos administrativos; (xii) princípio da responsabilidade do estado por atos administrativos; (xiii) princípio da boa administração; (xiv) princípio da segurança jurídica; (xv) princípio da indisponibilidade do interesse público; (xvi) princípio da isonomia. Remete-se, então, para o estudo dos princípios gerais aqui elencados, à obra de tal autor.

pela Administração em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público...¹⁷⁹

Admitem, ainda, o regime jurídico do direito público como o único capaz de normatizar o serviço público, em solo nacional, Themistocles Brandão CAVALCANTI¹⁸⁰, José CRETELLA JÚNIOR¹⁸¹, Hely Lopes MEIRELLES¹⁸², Diógenes GASPARINI¹⁸³, Juarez FREITAS¹⁸⁴, dentre outros.

Na doutrina estrangeira, da mesma maneira há aqueles que defendem o regime jurídico publicista como elemento central para a qualificação dos serviços públicos.

Juan Carlos CASSAGNE, que adota tal concepção, afirma, de maneira mais ampla, que essa é a verdadeira utilidade da noção de serviço público, ou seja, “la aplicación del régimen jurídico peculiar y específico del servicio público a determinadas actividades que prestan el Estado o los particulares.”¹⁸⁵ Para ele, o Estado deve atuar, neste aspecto, “como garante y responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos, asegurando su continuidad y regularidad.”¹⁸⁶

Contudo, a admissão do elemento formal como integrante da noção de serviço público é relativizada ou refutada pela doutrina¹⁸⁷.

¹⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço..., p. 607.

¹⁸⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. 2, p. 8.

¹⁸¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 55.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 297.

¹⁸³ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 141.

¹⁸⁴ FREITAS, Juarez. Regime dos serviços..., p. 23.

¹⁸⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho...**, p. 427. No mesmo sentido, BIELSA, Rafael. Op. cit, p. 467.

¹⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. **La crisis...**, p.386.

¹⁸⁷ Em verdade, o tema do regime jurídico dos serviços públicos tem suscitado acalorados debates no âmbito da doutrina nacional, principalmente depois da edição da Lei nº 9472/97, que regulamentou os serviços de telecomunicações no Brasil e estabeleceu, em seus arts. 63 a 67, que tais serviços poderão ser prestados sob o regime jurídico de direito público ou de direito privado e que tal definição deverá ser feita pelo Presidente da República. Em face da relevância da matéria para a presente tese, ao tema se retornará no último capítulo.

Marçal JUSTEN FILHO, como antes se referiu, ainda que reconheça o elemento formal como característica do instituto afirma que, dentro do catálogo constitucional de atividades atribuídas ao poder público, somente serão identificadas como serviço público aquelas que sejam diretamente relacionadas à concretização da dignidade da pessoa humana ou aos fins essenciais da República Federativa do Brasil¹⁸⁸. Por isso, não se poderia tomar o regime jurídico típico de serviço público como o elemento que levaria o intérprete a identificar tal atividade porque os demais elementos que normalmente lhe são atribuídos, em verdade, decorrem da sua identificação como serviço público. Ou seja, “o serviço é público antes de ser estatal”¹⁸⁹ e é por esta razão que está submetido a um regime jurídico específico¹⁹⁰.

O critério adotado pelo autor, como se observa, é eminentemente material. Portanto, considera que a mera previsão de uma atividade no catálogo das competências constitucionais atribuídas aos entes federativos não basta para transformá-la em serviço público. Afasta-se, assim, dos autores que adotam a categoria de *serviços públicos por inerência*. Tal posição dá margem para que o intérprete da Constituição estabeleça, nos casos concretos, o que entende por serviço público. Em outros termos, o referencial passa a ser um referencial político, o que dá abertura a uma apreciação discricionária do poder público sobre qual atividade apresentaria a natureza de serviço público.

Estar-se-ia a admitir, com isso, uma interpretação restritiva dos dispositivos constitucionais que atribuem as competências ao poder público, dissociando-se, assim, da compreensão tradicional, a qual entende que todas as atividades administrativas de natureza prestacional atribuídas ao Poder Público pela Carta Magna seriam serviços públicos.

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 44. Conforme refere o autor, adotava, até 2003, o entendimento de que todas as atividades previstas no elenco constitucional traduziam-se como serviços públicos por inerência. Mudou, contudo, seu posicionamento para adotar um critério eminentemente material. O fundamento de tal entendimento pode ser encontrado, por exemplo, na seara do Direito Constitucional, em autores que postulam a necessidade de se identificar conteúdos **essencialmente constitucionais**, aqueles que são **dignos de serem constitucionais**. A título de exemplo, veja-se a obra de STERN, Klaus. Op. cit., p. 231.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 21.

¹⁹⁰ De certa forma, Eros Roberto GRAU também admite que a titularidade do Estado advém da caracterização de uma determinada atividade, afirmando que “porque assume o caráter de serviço público, deve ser prestada à sociedade pelo Estado (ou por pessoa administrativa, direta ou indiretamente). (GRAU, Eros Roberto. **Constituição...**, p. 265).

Diante disso, seria possível pensar que a definição em concreto do catálogo de serviços públicos teria sido uma deferência que o poder constituinte fez ao legislador. E poder-se-ia argumentar que a escolha política das atividades não traria prejuízos aos cidadãos porque tal decisão estaria submetida ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Porém, a questão que fica para ser debatida é o alcance da competência conferida ao Legislativo, nesta matéria. Parece não se coadunar com a sistemática brasileira admitir que o Poder Legislativo poderia, mediante lei, retirar algumas atividades, previstas na Constituição, do âmbito dos deveres do Poder Público. Por isso, admite-se na tese que todas as atividades administrativas trazidas no elenco constitucional, que ostentem natureza prestacional¹⁹¹, são serviços públicos. Considera-se, assim, que a escolha política foi feita pelo Poder Constituinte Originário, na medida em que foram reconhecidas na Carta Constitucional porque se prestam a concretizar os fins essenciais da República e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Embora Marçal JUSTEN FILHO relativize o elemento formal como integrante do conceito de serviço público, admite que as atividades assim designadas serão prestadas sob regime jurídico peculiar de direito público.

A existência de um regime jurídico do serviço público, todavia, vem sendo refutada por autores que pretendem a releitura do instituto. Nesse sentido, é possível dizer que Carlos Ari SUNDFELD defende a tese de que a Constituição Federal não teria vinculado o regime jurídico publicista ao instituto do serviço público, cabendo ao legislador definir o regime a ser aplicado¹⁹².

Veja-se que não se trata do mesmo posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO. Enquanto o professor paranaense admite que o legislador infraconstitucional detém competência para, mediante a lei, definir o que é ou não serviço público, SUNDFELD assevera que o regime do serviço público dependerá do critério do legislador, podendo ser ora de direito público, ora de direito privado.

Já se demonstrou que, ao se considerar o serviço público como atividade administrativa, impõe-se a conclusão lógica de que seu regime será aquele peculiar

¹⁹¹ Para citar os dois mais referidos no presente texto: Celso Antônio Bandeira de MELLO e Romeu Felipe BACELLAR FILHO.

¹⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

da Administração Pública, previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Carta Magna, nos princípios implícitos no texto constitucional e em alguns outros previstos na legislação infraconstitucional, considerados materialmente fundamentais. Daí porque não há como se admitir o pensamento de Carlos Ari SUNDFELD.

Dinorah Musetti GROTTI igualmente refuta a adoção do regime jurídico de direito público como elemento caracterizador do instituto. Segundo a autora, “a consagração pela jurisprudência da noção da gestão privada levou a matizar esta apreciação formal, tendo destruído a ideia de uma aplicação total e sistemática do direito administrativo a todos os aspectos da organização e do funcionamento dos serviços públicos”¹⁹³ Por tal razão, admite que certos serviços possam submeter-se ao direito privado porque, para ela, “a Constituição não trata, porém, todos os serviços de maneira uniforme.”¹⁹⁴ Destarte, “há submissão em graus variáveis, a um regime de direito público e, em algumas situações, ao direito privado.”¹⁹⁵

Odete MEDAUAR, afirma que o regime jurídico do serviço público poderá ser parcialmente público, ainda que as atividades assim consideradas sempre apresentem ao menos certo *quantum* de Direito Administrativo¹⁹⁶. Na mesma perspectiva, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹⁹⁷.

Para Alexandre Santos de ARAGÃO, o critério do regime jurídico não poderá ser utilizado de forma isolada para explicar a noção porque alguns dos princípios que lhe informam (universalidade, continuidade, igualdade, segundo ele) seriam aplicados também a entidades privadas¹⁹⁸. O autor vai além em sua crítica em relação ao regime jurídico do serviço público para afirmar que “a sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais e administrativas, e não apenas aos serviços públicos”¹⁹⁹. Finaliza sua apreciação sustentando que “a colocação desses princípios como os princípios peculiares reitores dos serviços

¹⁹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 47.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 89.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito...**, p. 315.

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito...**, p. 95.

¹⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 146.

¹⁹⁹ Idem.

públicos só faria sentido se equiparássemos os serviços públicos a todas as atividades estatais.”²⁰⁰

Raquel Dias da SILVEIRA, em trabalho que trata do regime jurídico dos serviços de telefonia fixa, também admite a presença de traços do direito privado no regime jurídico dos serviços públicos, notadamente naqueles que apresentam caráter comercial ou industrial²⁰¹.

Na doutrina estrangeira também despontam aqueles que se posicionam no sentido de que o regime jurídico de direito público deixou de ser um elemento central na definição do instituto de serviço público. Aliás, tal posicionamento não é recente. Com efeito, Epaminondas SPILIOTOPOULOS, já em 1959, sustentava que não era mais possível identificar “o princípio da aplicação de um regime especial em face da ocorrência do serviço público.”²⁰² Na década de 1960. Jean RIVERO afirmava que “o processo do serviço público já não se define pois um regime jurídico preciso.”²⁰³

No mesmo sentido, CHEVALLIER afirma que, no atual contexto, é possível reconhecer um conjunto de regras de direito público e de direito privado aos serviços públicos, não sendo mais o regime exorbitante o único aplicável.²⁰⁴

Agustín GORDILLO, na Argentina, apesar de reconhecer um regime jurídico publicista para os serviços públicos, em face das peculiaridades apresentadas por cada uma das atividades assim denominadas, sustenta que “es el orden jurídico el que le impone las reglas que el legislador há estimado oportunas a cada servicio público y es el ente regulador el que completa la tarea de determinar el régimen específico de cada actividad sometida a este control.”²⁰⁵

A posição de tais autores, contudo, é rechaçada por Juan Carlos CASSAGNE, que afirma: “y menos aún puede hablarse de una quiebra de la noción

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ SILVEIRA, Raquel Dias da. **Regime...**, p. 48.

²⁰² Citado por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza...**, p. 162.

²⁰³ RIVERO, Jean. Op.cit., p. 501.

²⁰⁴ CHEVALLIER, Jacques. A reforma do estado e a concepção francesa do serviço público. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 3, Brasília, p. 35-58, set./dez. 1993, p. 36.

²⁰⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado...**, p. VI – 36.

jurídica tradicional em lo que atañe al régimen jurídico de derecho publico que acompaña al servicio público.”²⁰⁶

Na esfera nacional, como antes se fez referência, a discussão sobre a adoção do regime jurídico publicista para o serviço público assume maior relevância a partir da edição das leis que vieram a regulamentar tal matéria²⁰⁷.

Com efeito, editadas no contexto da Reforma Administrativa do Estado Brasileiro, implementada principalmente na década dos 90, tais normas pretendiam a flexibilização do instituto, reforçando seu caráter de atividade econômica. Pretendia-se, portanto, com tal conjunto normativo, viabilizar a adoção de um paradigma intensamente voltado aos interesses do mercado, permitindo a prestação do serviço público mediante regime jurídico de direito privado, na esteira do pensamento esposado por Carlos Ari SUNDFELD²⁰⁸.

A temática é central, no presente trabalho, na medida em que reflete, na seara do Direito Administrativo e, num sentido mais amplo, na organização do aparelhamento do Estado, as tendências do modelo conhecido como neoliberalismo²⁰⁹.

²⁰⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho...**, p. 423.

²⁰⁷ Ver, exemplificativamente, Lei nº 9.427/96, que instituiu a ANEEL, Lei nº 9.472/97, que criou a ANATEL, Lei nº 9.478/97, regulamentando a ANP, Lei nº 9.491/97, que estabeleceu o programa de desestatização, Lei nº 9.637/98, que criou as Organizações Sociais, Lei nº 9.782/99, que criou a ANVISA, Lei nº 9.790/99, que instituiu as organizações da sociedade civil de interesse público, Lei nº 9.961/00, que estabelece a ANS, Lei nº 9.984/00, que cria a ANA, Lei nº 10.233/01, que criou a ANTT e ANTAQ, Lei nº 11.079/04, que regulamentou as Parcerias Público-Privadas e as Emendas Constitucionais nº 1 a nº 45.

²⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços...**, p. 33.

²⁰⁹ A produção nacional e estrangeira sobre o tema do neoliberalismo é vastíssima. Assim, para traçar um panorama, cite-se, por exemplo, as obras de HAYEK, Friederich A. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. A miragem da justiça social. São Paulo: Visão, 1985. v. 2; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho; et alii. **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, p. 115-136; REYES, Manuel Aragón; LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Globalização econômica, política e direito**. Porto Alegre: SAFE, 2002; BORON, Atilio A. Os “*novos Leviatãs*” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo II**: que Estado para que democracia? Petrópolis: Vozes, 1999, p. 7-67; SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalización del derecho**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998; COMBLIN, José. **O neoliberalismo**: ideologia dominante na virada do século. Rio de Janeiro: Vozes, 1999; FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999 e ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In.: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 9-23.

Os adeptos das pautas neoliberais, em termos genéricos, pretendiam a superação dos cânones do Estado Social, tomado como modelo que inviabilizaria a participação da sociedade brasileira no mundo globalizado²¹⁰.

Neste diapasão, a transformação do serviço público, mediante a alteração de seu regime jurídico, tornava-se essencial para modificar o perfil de intervenção do Estado brasileiro, permitindo-se a aplicação, por aqui, dos moldes aplicados a determinados serviços na esfera internacional²¹¹.

Ao contrário desta tendência, entende-se que a Constituição Federal determina a adoção do regime publicista ao instituto não só por força do art. 37, *caput*, mas também diante do art. 175, parágrafo 4º, que faz a referência expressa ao *serviço público adequado*, definido no art. 6º, § 1º, da Lei de Concessões, que prescreve: “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.” No § 1º, do citado artigo, o legislador infraconstitucional explicitou os princípios que compõem a noção de serviço público adequado, quais sejam: (i) generalidade; (ii) modicidade; (iii) continuidade; (iv) regularidade; (v) eficiência; (vi) segurança, (vii) atualidade e (viii) cortesia.

No presente capítulo, será realizado tão-somente um panorama geral do conteúdo atribuído a cada um dos princípios que integram o elenco trazido pela Lei 8987/95, considerados princípios específicos da atividade²¹².

²¹⁰ Para a crítica do modelo do Estado Social, na perspectiva do presente trabalho, ver, por todos, HAYEK, Friederich A. Op. cit., p. 4 e ss.

²¹¹ No Brasil, dentre tantos, tais ideias podem ser ilustradas com o que afirmou CORDOVIL: “a promulgação do texto constitucional e a edição de diversas emendas constitucionais promoveram alterações substanciais no contexto da prestação de serviços pelo Estado, que ocasionaram a reforma estatal e a liberalização e a desregulamentação deste setor. O princípio da livre iniciativa foi consagrado, e mesmo a prestação de serviços públicos, regida pelo Direito Público, foi submetida à observância dos princípios da livre concorrência e da propriedade privada, norteadores da economia de mercado. Seria um contra-senso não admitir que os serviços públicos foram tratados como atividades econômicas pelo legislador, cuja vontade superou a teoria e se transformou em realidade” (CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. A intervenção estatal nas telecomunicações. Dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal de Minas Gerais, 2003, p. 61-62, citado por SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.) **Direito público moderno**. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 97-117; p. 107.

²¹² De qualquer modo, assim como nos demais temas que tocam o serviço público, neste particular também há enormes controvérsias no tratamento doutrinário e jurisprudencial, seja no número de princípios elencados, seja na nomenclatura atribuída a cada um deles. Em comum, fala-se nas chamadas Leis de Rolland, também discípulo de DUGUIT, que teria elencado como princípios inerentes aos serviços públicos a continuidade de funcionamento, a adaptação ou modificação de sua

O princípio da **generalidade**, chamados por alguns doutrinadores como princípio do funcionamento equitativo²¹³ ou da universalidade²¹⁴, indica que o serviço público deve ser ofertado a todos os cidadãos, apresentando, assim, um caráter genérico e universal. Pretende-se, com isso, garantir a maior extensão possível da oferta aos interessados.

A ampla oferta dos serviços à coletividade, contudo, implica, para sua devida efetivação, que tais atividades sejam oferecidas a um preço acessível, sob pena de se inviabilizar o acesso das camadas menos favorecidas a tais bens.

Entende-se, nesta linha de raciocínio, que o princípio que impõe a **modicidade das tarifas** é condição sem a qual não se poderia assegurar a universalidade. Significa, por definição, que o serviço público deve ter seu preço fixado em observância à capacidade econômica dos cidadãos, conforme se depreende da devida interpretação do art. 6º, § Primeiro, IV, da Lei de Concessões.

Assegurada a prestação do serviço à generalidade dos cidadãos, com a cobrança de um valor moderado para a sua utilização, faz-se necessário, ainda, referir o princípio da **continuidade**²¹⁵.

A prestação de serviços públicos, como antes ressaltada, apresenta-se como um dever inescusável do Estado²¹⁶. Entende-se, a partir de tal premissa, que deve ser feita de forma contínua para que tais serviços sejam permanentemente assegurados aos cidadãos.

organização e funcionamento e a igualdade dos particulares perante os serviços. Ver, nesse sentido, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 255.

²¹³ MEDAUAR. Odete. **Direito...**, p. 316.

²¹⁴ O termo é usado com esse sentido, também, por Paulo Roberto Ferreira MOTTA, referindo-se à universalização dos serviços (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A universalização como princípio fundamental do regime jurídico do saneamento básico e do estatuto das cidades. In: FORTINI, Cristiana e PICININ, Juliana. (org) **Saneamento básico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 237-256.

²¹⁵ A continuidade dos serviços públicos está prevista, ainda, a Lei 9074, de 1995, em seu art. 3º, I, nos seguintes termos: "I – garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos."

²¹⁶ Tal característica constitui, para Celso Antônio Bandeira de MELLO, princípio autônomo do serviço público, considerando-se, por consequência, a omissão do Estado como passível de responsabilização patrimonial. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 672). Ver, sobre o tema, ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 337-352.

Assim, referidos os princípios que, na interpretação adotada na presente tese, referem-se diretamente ao núcleo essencial da normatização dos serviços públicos e que permitem, por isso, a efetivação dos direitos fundamentais assegurados por tais atividades, cabe apreciar os demais elencados no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8987/95.

Referido dispositivo legal, então, menciona o princípio da **regularidade**. De acordo com Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, este princípio representa um *plus* em relação à continuidade dos serviços públicos. Sustenta a autora, então, que, além de contínuo, o serviço deve ser prestado com regularidade, sem variações sensíveis que possam alterar, em detrimento dos usuários, as suas condições técnicas²¹⁷.

Entende-se, assim, que é a Lei que fixará tais condições técnicas, o que poderá ser estabelecido também no Contrato de prestação do serviço ou em atos administrativos editados na regulamentação de tais atividades, como, por exemplo, as normas expedidas pelas agências reguladoras.

Este é um princípio que encontra assento no direito internacional. Enrique Silva CIMMA, nesse sentido, afirma que se trata de uma característica do serviço público, que estabelece a sua submissão a regras de maneira que, para ele “un servicio actuará regularmente cuando la función que cumple y la necesidad que satisface se ajusta em forma rigorosa a los preceptos legales y regulamentários que lo han creado y estructurado”.²¹⁸

A Lei trata, ainda, do princípio da **eficiência**, como princípio específico a ser observado na prestação dos serviços públicos. O dispositivo legal simplesmente reforça a ideia de que as atividades administrativas deverão ser prestadas sob a égide de tal princípio que foi inserido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, com a Emenda Constitucional 19, de 98²¹⁹.

Seu conteúdo está voltado à otimização das funções administrativas, impondo o melhor atendimento possível das finalidades estatuídas em lei, de acordo

²¹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 287.

²¹⁸ CIMMA, Enrique Silva. **Derecho administrativo chileno y comparado. Servicios públicos**. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1994, p. 60. No mesmo sentido, veja-se, por exemplo, CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho...**, p. 437.

²¹⁹ Para o aprofundamento do princípio da eficiência, ver, no Brasil, as obras de referência de GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado**. São Paulo: Manole, 2003 e GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

com os padrões de qualidade exigíveis. Mediante tal princípio, determina-se a busca pela máxima satisfação dos administrados e com o menor custo para o usuário.

Celso Antônio Bandeira de MELLO trata o princípio da eficiência como uma face do princípio da boa administração²²⁰, previsto, segundo ele, no cenário nacional, em um vasto conjunto de diplomas legais, desde a década de 1960²²¹.

É bem verdade que a Reforma Administrativa de 1988 implicou nova roupagem a tal princípio, indicando conteúdo de ordem economicista²²², com o objetivo de introduzir, no mundo jurídico, técnicas de melhor aproveitamento de recursos escassos. A aplicação de tal princípio no instituto do serviço público deverá implicar, assim, o máximo aproveitamento dos recursos disponíveis para a prestação do serviço, ao menor custo possível. Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, nesse sentido, traduz a eficiência como um valor de utilidade, de produtividade, indicando, assim, um sistema de utilização racional de recursos²²³.

Há quem tenha sustentado, no contexto da edição da EC 19/98, que mediante o princípio da eficiência concretiza-se a ênfase no cidadão-usuário, constituindo-se, assim, como “direito difuso da cidadania”²²⁴.

Tal princípio, no catálogo dos demais princípios que integram o regime jurídico do serviço público, deve ter seu conteúdo compatibilizado com as exigências que emanam das demais normas que tratam de tais atividades²²⁵.

A Lei refere, ainda, como princípio do serviço público adequado o da **segurança**. Este pode ser tomado como corolário do princípio da eficiência, na medida em que define que o serviço público seja prestado da maneira mais segura possível, garantindo a incolumidade das pessoas e dos bens afetos aos serviços.

²²⁰ Juares FREITAS, em recente trabalho, defende o direito fundamental à boa administração, aprofundando as questões ligadas à eficiência administrativa, principalmente sob o ponto de vista da discricionariedade, em obra que merece ser consultada. FREITAS, Juares. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007.

²²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 122. Refere, assim, o Decreto Lei 200/67 (art. 13; 25, V; e 26, III), a Lei 8078/90 (art. 6º, X e 22), por exemplo.

²²² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação...**, p. 49.

²²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 298.

²²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38.

²²⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio...**, p. 83.

Implica a utilização de técnicas e a adoção de medidas que visem reduzir o risco de danos²²⁶, de maneira compatível com a viabilização do serviço, ainda que isso signifique aumento de custos em sua prestação.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 1º, trata como serviço defeituoso aquele que “não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes.”

Já o princípio da **atualidade** é referido no § 2º, da Lei de Concessões, que estabelece que a atividade prestacional deverá compreender “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.” Assim, cabe ao prestador do serviço o dever de atualizar, de acordo com os avanços científicos e tecnológicos, a prestação de serviços públicos. Entendido como “cláusula de progresso”²²⁷, o princípio da atualidade, também denominado como princípio da mutabilidade para Marçal JUSTEN FILHO²²⁸, vincula-se intimamente ao princípio da eficiência.

Dinorá Adelaide Musetti GROTTI afirma que é esse princípio que justifica o exercício, pela Administração Pública, de algumas das prerrogativas nas disciplinas dos contratos administrativos. Cita, como exemplo, a possibilidade de alterar unilateralmente os contratos de maneira a melhor adequar as prestações aos fins de interesse público²²⁹.

É comum encontrar na doutrina quem sustente, com base no princípio em comento, que não há direito adquirido à manutenção das condições de prestação do serviço. Jean RIVERO, nesse sentido, refere que compete à Administração Pública a possibilidade de modificar o regime do serviço, asseverando que “nem os agentes nem os utentes podem fazer valer um direito adquirido à manutenção do estatuto em vigor no momento em que entraram em relações com o serviço”.²³⁰

²²⁶ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Teoria...**, p. 294.

²²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 428.

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 31.

²²⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 295. No mesmo sentido, MEDAUAR, Odete. **Direito...**, p. 316.

²³⁰ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 502.

A mutabilidade, contudo, não poderá ser admitida para piorar as condições de prestação do serviço em desfavor dos cidadãos; só poderá ser entendida como uma exigência de melhoras na prestação dos serviços, para que o interesse público seja melhor atendido.

Seria possível questionar em que medida o princípio em tela assegura aos particulares o direito subjetivo de exigir as últimas inovações tecnológicas no que se refere à saúde e educação públicas, por exemplo. Parece inafastável a conclusão de que tal princípio deverá ser interpretado em cotejo com os demais postulados que informam a atuação administrativa e, por certo, os casos concretos deverão oferecer peculiaridades que estarão a exigir soluções particulares²³¹, principalmente no que se refere à aplicação da cláusula da reserva do possível²³².

Finalmente, a Lei refere como princípio que informa a prestação do serviço público adequado o da **cortesia**. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO pontua que “O trato urbano e educado, devido pelos prestadores, diretos ou indiretos, aos usuários não é mera exigência do bom convívio social, mas um dever legal, de assento constitucional (art. 37, § 3º), uma vez que os destinatários são, em última análise, os senhores dos serviços públicos.”²³³

Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, nesse aspecto, refere que a afronta à cortesia pode implicar em penas disciplinares aos servidores públicos e, também, na aplicação de sanções aos contratados, nos casos dos serviços delegados.²³⁴

Conclui-se, assim, a breve exposição sobre os princípios específicos que integram o regime jurídico dos serviços públicos, de acordo com o catálogo trazido pela Lei no. 8987-95. No último item do Capítulo III serão abordados, de maneira aprofundada, os da universalidade, da modicidade e continuidade que integram o núcleo essencial de tal regime jurídico.

²³¹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, sem embargo de sua postura de defesa irrestrita dos direitos dos cidadãos refere que o princípio em tela deveria ser aplicado “dentro das possibilidades econômicas do Poder Público;” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 672).

²³² A abordagem da reserva do possível na matéria dos serviços públicos será abordada no terceiro capítulo da presente tese.

²³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 429.

²³⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 299.

1.3 UMA LEITURA DA EXCLUSIVIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Lançadas as bases da noção de serviço público e de seu regime jurídico, cabem, ainda, algumas considerações no que se refere tanto a sua titularidade e forma de criação quanto ao seu tratamento como espécie de atividade econômica. Parte-se então da configuração dada a esses atributos pela Constituição Federal de 1988 desde a repartição de competências para a prestação de serviços públicos entre União, Estados e Municípios²³⁵.

O art. 21, da CF/88, determina que compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (inc. X); explorar, direta ou indiretamente, os serviços de telecomunicações (inc. XI) e os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens (inc. XII, “a”); os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inc. XII, “b”); a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura portuária (inc. XII, “c”); os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inc. XII, “d”); os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inc. XII, “e”); os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Quanto aos Estados-Membros, a competência para a prestação de serviços públicos é, em regra, remanescente, como se depreende do disposto no art. 25, § 1º, da CF/88. Resta expressa, ademais, no § 2º, do mesmo dispositivo legal, sua competência para explorar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de gás canalizado.

Já aos Municípios, compete a prestação de serviços de interesse local, conforme previsto no art. 30, da Carta Magna, abrangendo, aí, o serviço de transporte coletivo, de caráter essencial (art. 30, inc. V).

²³⁵ O pacto federativo, elevado à cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, implica no reconhecimento de autonomia à União, aos Estados-Membros e aos Municípios. Esta autonomia abrange a capacidade de auto-legislação, auto-tributação e auto-administração. Esta é a justificativa, então, para que se reconheça a competência dos Estados-Membros e dos Municípios para implementar os serviços públicos, conforme a distribuição de competências feita pela CF/88. Sobre a teoria da federação no Brasil, ver, especialmente, ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

O constituinte estabeleceu, ainda, um catálogo de competências comuns aos entes federativos. Nesse rol encaixam-se os serviços de saúde (art. 198) e os de ensino (art. 211).

Ainda no que se refere ao elenco dos serviços públicos previstos normativamente no cenário nacional, tem-se que a Lei nº 9074/95 estabelece, em seu art. 1º, como de competência da União, as vias federais (IV); a exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas (V); estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto (VI) e serviços postais (VII).

Tradicionalmente, no Brasil, entende-se que os serviços atribuídos à União Federal, aos Estados-Membros e aos Municípios constituir-se-iam como serviços de titularidade exclusiva do poder público²³⁶, só podendo ser prestados pelos particulares mediante delegação (concessão, permissão e, em alguns casos, autorização). A previsão de tais atividades dentre o catálogo de competências dos entes federativos faria com que elas estivessem excluídas do rol de atividades econômicas em sentido estrito. Em outras palavras, a atribuição de tais serviços aos entes públicos impediria que fossem eles titularizados pelos particulares²³⁷.

Como exceções figurariam somente aquelas atividades expressamente previstas no texto constitucional, como ocorre no caso da saúde e da educação. Em relação a estas permitiu-se a exploração pela iniciativa privada, no regime de direito privado, nos moldes de atividade econômica em sentido estrito.

Elucidando tal posicionamento no cenário nacional Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta que os serviços públicos tratam-se de “atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias”. Assevera, ainda, que “salvo algumas exceções ao diante referidas (educação, previdência social e assistência social), estão excluídas da

²³⁶ Marçal JUSTEN FILHO refere que “segundo os conceitos clássicos do direito administrativo, o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares... Nem se poderia cogitar de livre concorrência, pois a titularidade estatal se retrata no monopólio estatal. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 607). Em outra passagem o autor define monopólio como “situação que apresenta quando uma certa utilidade pode ser ofertada por preço inferior quando existente um único fornecedor.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 32).

²³⁷ Marçal JUSTEN FILHO alerta para o fato de que a exclusividade não é uma derivação inerente ao conceito de serviço público. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 608).

esfera do comércio privado.” Ou seja, para o autor “as atividades em questão *não pertencem à esfera da livre iniciativa*, sendo estranhas, então, ao campo da ‘exploração da atividade econômica’²³⁸

Admite-se, então, de forma pacífica que a atribuição de competências vincula a exclusividade na titularidade do serviço²³⁹, até por força da compreensão que se tem de tais serviços, pensados como atividades que, dado o seu grau de importância para o atendimento das necessidades sociais, deveriam ser promovidas pelo Estado, entendimento citado por Marçal JUSTEN FILHO quando diz: “No tocante aos serviços públicos, faz-se sua atribuição ao Estado, com inevitável cunho de exclusividade.”²⁴⁰

Com base em tais premissas, Celso Antônio Bandeira de MELLO elaborou uma tipologia dos serviços públicos baseada no critério da exclusividade de sua titularidade. Acompanhado da posição dominante na doutrina nacional²⁴¹, divide os serviços públicos em (i) serviços privativos, os “referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império”²⁴², nos quais há monopólio de titularidade e (ii) serviços públicos não privativos, que indicam aqueles “que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, prescrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem”²⁴³

²³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 670. No mesmo sentido, Dinorá Adelaide Musetti GROTTI afirma: “o art. 21 lista atividades que somente podem ser desempenhadas diretamente pela União ou mediante autorização, permissão ou concessão, o que importa necessariamente no reconhecimento de que são serviços públicos.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 91-92). A posição também é defendida por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “a Constituição Federal continua a atribuir atividades ao poder público, com caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21; e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 98). No mesmo sentido, ainda, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 479.

²³⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito...**, p. 332-333.

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 608.

²⁴¹ A mesma terminologia é usada por GRAU, Eros Roberto. **A ordem...**, p. 124, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 104 e MEDAUAR, Odete. **Direito...**, p. 332-333.

²⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 681. Aqui, pede-se vênia pra discordar do autor em relação à utilização do poder de império para o exercício de tais atividades, pelos motivos antes elencados.

²⁴³ Elenca, nesta classificação, os serviços de saúde, educação, assistência social e previdência social (Idem).

Com base nessa tipologia o autor identifica quatro espécies de serviço público: (i) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (serviço postal e correio aéreo nacional)²⁴⁴; (ii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder (radiodifusão sonora – rádio – ou de sons e imagens); (iii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade (educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens) e (iv) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão.

Os argumentos desenvolvidos na presente pesquisa pretendem a releitura dessa classificação, para relativizar a categoria dos serviços de titularidade exclusiva, admitindo a exclusividade somente nos casos prescritos na Constituição ou na Lei²⁴⁵. Isto porque, é certo que, ao atribuir a titularidade de um serviço ao Estado, o poder constituinte ou o legislador infraconstitucional criam para a Administração Pública o dever inescusável de sua prestação²⁴⁶ e, em contrapartida, um direito subjetivo para toda a coletividade²⁴⁷. Porém, não há no texto constitucional qualquer indicativo de que tais atividades não possam ser exploradas diretamente pelos particulares.

²⁴⁴ Já se tinha feito referência a tal circunstância, em nota acima (*). Com efeito, sustenta o autor que “ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a” e “f”), diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente ‘ou mediante autorização, concessão ou permissão’. Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.” (Ibidem, p. 683). Veja-se que o autor não faz referência, aqui, às franquias da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

²⁴⁵ O e. STJ, no julgamento do MS 5307, do Distrito Federal, adota posição diametralmente oposta: afirmando-se que “não se inclui no conceito de atividade econômica aquela que a Constituição qualificou como serviço público, ainda que potencialmente lucrativa (v.g. serviços de radiodifusão sonora), mas se sujeita a disciplina cujo objetivo é realizar o interesse público.”

²⁴⁶ A expressão, referida no item acima, é de Celso Antônio Bandeira de MELLO, que trata tal conteúdo como princípio. De qualquer forma, interessantes as suas colocações: “entendemos que, havendo a Constituição previsto ditos serviços como públicos, o Estado não pode se furtar a promovê-los ou assegurar-lhes a promoção em favor dos administrados. Logo, estes têm direito a que sejam instituídos os serviços que sejam singularmente fruíveis e podem judicialmente exigí-los.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 684). Ver, ainda, sobre o tema, Capítulo I, ns. 38 a 42 e Capítulo XVIII, ns. 25 a 34, em que o autor trata da categoria de direitos subjetivos públicos.

²⁴⁷ Ana Cláudia FINGER afirma: “Sendo a sua prestação um dever do Estado para atendimento de uma essencial necessidade da comunidade, o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, constituindo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais.” (FINGER, Ana Cláudia. Op. cit., p. 61).

Deste modo, entende-se ser possível argumentar que o art. 21, e os demais dispositivos da CF/88 que tratam da imputação de competências aos entes federativos, no que se refere à titularidade de serviços, o fazem com o objetivo de legitimar a sua atuação em tais áreas, mas sem ter o alcance de impedir a sua exploração pela iniciativa privada.

Em sentido contrário, argumenta-se que tal interpretação não seria aceitável em face de um critério topográfico. Ou seja, já que o art. 21, da CF/88, por exemplo, prevê hipóteses de atividades exclusivas do poder público, elencando, ao lado dos serviços públicos, funções de natureza política e, considerando que estas, de forma alguma, poderiam ser titularizadas pelos privados, esta regra deveria ser aplicada em relação a todas as funções ali previstas: nenhuma poderia ser titularizada pela iniciativa privada. Porém, parece que se tem, com isso, um único critério interpretativo para atividades que, por definição, apresentam natureza jurídica absolutamente distinta.

Veja-se que citado artigo trata não só de atividades administrativas, mas também de funções de natureza eminentemente políticas, atos de governo. Citem-se, por exemplo, a manutenção de relações com Estados estrangeiros (inc. I); a declaração de guerra e celebração da paz (inc. II); e a emissão de moedas (VII). Tais atividades indicam, em qualquer modelo político, atividades em que é exercido o poder soberano, e a sua titularidade exclusiva se justifica, então, em face deste caráter.

Porém, não é esta a natureza dos serviços públicos. Desde Leon DUGUIT parece correto dissociar a ideia de *puissance* em relação a tais serviços, justificando-se tais atividades não em face do exercício do poder soberano, mas no atendimento de necessidades sociais. É a ideia do Estado-prestacional em substituição à do Estado-poder.

Tanto é assim que os serviços públicos apresentam-se como espécies de atividades econômicas que, por uma decisão política²⁴⁸, integram também o rol das competências públicas, como garantia de efetivação dos direitos fundamentais²⁴⁹.

²⁴⁸ “a qualificação de uma atividade como serviço público envolve critérios não apenas de eficiência econômica mas também indica uma opção política sobre as funções reservadas ao Estado. (...) definir serviço público pressupõe definir e dimensionar o Estado e os valores jurídicos fundamentais por ele consagrados. O conceito de serviço público é um conceito reflexo. Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria. Por isso, é impossível formular conceito não histórico de serviço público” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 35).

A classificação dos serviços públicos como espécie do gênero atividade econômica, no Brasil, tornou-se conhecida em face do trabalho desenvolvido por Eros Roberto GRAU. Segundo o autor, é no confronto entre os diversos setores políticos, notadamente o setor do capital, de um lado, e o setor dos trabalhadores, de outro, que se delimita o círculo de serviços públicos e de atividades econômicas em sentido estrito²⁵⁰.

Para ele, os serviços públicos se consagram como atividades prestacionais vocacionadas a fornecer, aos cidadãos, recursos escassos. Por isso, integram o rol das atividades econômicas, em uma relação gênero e espécie: atividade econômica é gênero que comporta duas espécies diferenciadas, atividade econômica em sentido estrito e serviço público²⁵¹. Aquela explorada pelo particular, num regime de direito privado, na busca de lucro e este titularizado pelo Estado, sob regime de direito público.

Marçal JUSTEN FILHO retoma tal classificação, atribuindo ao serviço público a natureza de atividade econômica. Ressalta que enquanto os serviços públicos se tipificam por serem atividades dirigidas à satisfação de modo direto e imediato ao princípio da dignidade da pessoa humana, as atividades econômicas em sentido estrito estariam caracterizadas pela possibilidade de exploração econômica lucrativa²⁵².

Em contrapartida, Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que não é aceitável o critério de proveito econômico para diferenciar serviço público e atividade econômica porque, para ele, todos os serviços, incluindo os públicos, são suscetíveis de exploração econômica²⁵³. Segundo ele, então, “não há outro meio de

²⁴⁹ Nesse sentido, Alexandre Santos de ARAGÃO pontua que os serviços públicos “são atividades econômicas *latu sensu*, que não têm ínsita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinando momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 132).

²⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem...**, p. 110. A ideia é extremamente interessante, principalmente porque permite fornecer elementos de reflexão para a compreensão da retração dos serviços públicos, no contexto de advento do neoliberalismo.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 103.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral...**, p. 31.

²⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Privatização...**, p. 174.

reconhecer o que é atividade econômica, e, conseqüentemente, de identificar limites à criação de serviços públicos, senão recorrendo à concepção geral da Sociedade”²⁵⁴.

Com esteio no pensamento do autor paulista, vê-se que o que permite distinguir o serviço público da atividade econômica em sentido estrito é uma decisão política, expressa pelo Poder Constituinte originário, derivado ou pelo legislador infraconstitucional, que escolhe, em cada momento histórico, o rol daquelas atividades econômicas que são imprescindíveis para a concretização dos direitos fundamentais²⁵⁵.

Do exposto, conclui-se que, adotando-se a posição tradicional, a definição de uma dada atividade como serviço público impõe uma limitação ao princípio da livre iniciativa, já que implica a sua exclusão do âmbito das atividades econômicas em sentido estrito. De acordo com a interpretação sistemática das normas constitucionais pode-se entender que o constituinte estabeleceu o contorno das atividades econômicas já de forma limitada pelos serviços públicos. Porém, resta saber se o constituinte reformador ou mesmo o legislador ordinário poderá criar novos serviços públicos sem que, com isso, afronte o princípio da livre iniciativa. Eis aí um dilema: ou se admite que a atividade tomada como serviço público não impede sua exploração pela iniciativa privada ou se impede que sejam criados novos serviços públicos.

A doutrina pátria, no entanto, não reconhece esse dilema. Celso Antônio Bandeira de MELLO, por exemplo, entende que a enumeração trazida pela Constituição Federal não é exaustiva, sendo que o legislador ordinário estaria autorizado a designar outras atividades como serviço público, “conquanto não sejam

²⁵⁴ Ibidem, p. 175.

²⁵⁵ Marçal JUSTEN FILHO, assim, afirma que “não é possível produzir um elenco exaustivo e imutável de necessidades diretamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana. Existem algumas necessidades que são imperiosas em qualquer momento histórico e em qualquer espaço geográfico. Mas a riqueza da personalidade humana conduz à possibilidade de variações culturais. É impossível produzir uma padronização a propósito das necessidades humanas, a não ser produzindo o sacrifício de uma das características mais essenciais à própria natureza do ser humano: a individualidade. Cada civilização alberga diferentes concepções a propósito da dignidade da pessoa humana.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 32).

ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa.”²⁵⁶

Assevera, deste modo, que o que deve nortear um juízo de constitucionalidade em relação a uma possível afronta ao campo da livre iniciativa em face da criação de novos serviços públicos é o “sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade.”²⁵⁷

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO da mesma maneira não oferece contornos claros à possibilidade de atuação do legislador infraconstitucional na criação de serviços públicos em face do respeito à livre iniciativa. Segundo ela, “é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos (...) isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria.”²⁵⁸

Buscando oferecer critérios mais objetivos para limitar a atuação do legislador, Carmen Lúcia Antunes ROCHA admite que somente poderão ser classificados como serviço público atividades que possuam finalidade pública e que não tenham sido entregues à livre iniciativa²⁵⁹. No mesmo sentido, Dinorá Adelaide Musetti GROTTI sustenta que o espaço do legislador é reduzido, em face do modelo constitucional,²⁶⁰ sendo restrito às indicações do art. 173, “do contrário dar-se-ia uma transformação artificial de atividades econômicas em serviços públicos, com o intuito de sub-reptício de estatizá-la, resvalando para o campo da inconstitucionalidade.”²⁶¹

Constata-se, com isso, a dificuldade em delimitar o alcance da competência do legislador ordinário para a criação de serviços públicos. Não há subsídios para apreciar, nos casos concretos, eventual afronta ao princípio da livre iniciativa.

²⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 686.

²⁵⁷ Idem. Sem embargo do respeito que se tem pelas conclusões do autor, neste particular, utiliza ele conceitos que não autorizam um juízo seguro a respeito dos limites da atuação do legislador.

²⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 99.

²⁵⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Estudo...**, p. 20-21.

²⁶⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 106.

²⁶¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 106. No mesmo sentido, ainda ARAGÃO, Alexandro Santos de. **Direito...**, p. 313.

Ademais, o posicionamento tradicional defende uma certa prevalência dos serviços públicos, em função de sua relevância social, privilegiando tais serviços em detrimento da livre iniciativa. Não se atenta para a circunstância de que tanto os direitos sociais consagrados nos serviços públicos quanto a livre iniciativa foram tratados, pelo constituinte, como direitos fundamentais, o que impede a sua hierarquização.

Defende-se, a partir daí, que os serviços públicos elencados na Carta Constitucional, salvo determinação expressa, poderão ser prestados pela iniciativa privada,²⁶² a título próprio. Tal conclusão não autoriza a Administração Pública a deixar de prestar o serviço ou adotar uma concepção de subsidiariedade em relação à atividade. O que se pretende é simplesmente admitir que os dispositivos legais que atribuem competências para a prestação de serviços públicos aos entes federativos têm o condão de impor a sua execução pelo poder público, mas não retiram tal atividade da iniciativa privada.

Outro argumento que poderia ser tomado como óbice ao entendimento aqui defendido é a previsão constitucional dos institutos da concessão, permissão e autorização de serviço público, que permitem a exploração da atividade pelos particulares. Por este argumento, o constituinte só teria permitido a participação dos particulares em tais atividades como delegatários dos serviços públicos e nunca como seus titulares.

Defende-se, aqui, que a referência a tais modalidades de delegação de serviços públicos consiste na admissão de que o poder público faça uso de tais mecanismos sem prestar diretamente o serviço. Não parece que tais dispositivos estejam a impedir que os particulares titularizem tais atividades. Assim, a Constituição ou a lei, em tais casos, está legitimando as hipóteses de delegação dos serviços, admitindo que, nestas circunstâncias, o serviço não precise ser diretamente prestado pelos entes públicos.

²⁶² Interessante debate sobre o tema ocorreu no âmbito do e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 220.906-9, em que era discutida a natureza jurídica dos serviços de correios. Em discussão, o e. Ministro Marco Aurélio indaga ao Ministro Moreira Alves: “não lhe parece que, no caso, não se trata de monopólio (int) A atuação não está no rol constitucional das atividades em que há monopólio. O que consta da Constituição é que a União é compelida a manter o serviço, coisa diversa. São coisas distintas: a obrigação da União manter o serviço e monopólio.” Em sua resposta, contudo, o e. Ministro Moreira Alves, filiado ao pensamento tradicional, afirma: “Trata-se de monopólio. Não se pode interpretar de outra forma. Se ela tem que manter o serviço postal, ninguém pode mantê-lo.”

Tratamento diferenciado foi dado pela Constituição Federal de 1988 aos serviços de saúde, previdência social e educação. Nesses casos, a autorização para que o particular titularize a atividade em nome próprio é expressa nos artigos 199²⁶³ e 209²⁶⁴. Por isso, há quem diga que somente em tais hipóteses é que a iniciativa privada poderia atuar. Porém, parece mais coerente admitir que a ressalva é feita justamente aos serviços públicos sociais, em relação aos quais poderia existir alguma dúvida quanto à possibilidade de que a iniciativa privada pudesse exercê-los, dada a sua vinculação imediata com os direitos fundamentais. Por isso o consentimento expresso do constituinte.

Portanto, a redação de tais dispositivos constitucionais não autoriza a conclusão de que somente nesses casos é que seria permitida a exploração, a título próprio, da atividade pelo particular, até porque, “não teria cabimento que as atividades mais essenciais (saúde, assistência social e educação) comportassem uma exploração mista, enquanto outras, de relevo menos intenso, fossem reservadas privativamente ao Estado,” como sustenta Marçal JUSTEN FILHO²⁶⁵.

Em sentido contrário e dissonante inclusive em relação à doutrina majoritária, Eros Roberto GRAU sustenta que os serviços de saúde e educação são serviços públicos mesmo quando prestados pela iniciativa privada²⁶⁶.

Admite-se que o argumento é necessário para que tais atividades sejam impostas como deveres ao Estado e, de conseqüência, consagrem direitos para os cidadãos.

Porém, parece ser possível admitir que vem sendo dado um novo tratamento às atividades que tradicionalmente foram tratadas como serviço público. E esse novo tratamento implica numa relativização da noção, principalmente no que se refere ao seu regime jurídico, ou na assunção de novos postulados.

²⁶³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

²⁶⁴ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada...

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 608.

²⁶⁶ O autor alterou seu entendimento na 9ª edição de seu livro. Afirma, assim, categoricamente que “não importa quem preste tais serviços, União, Estados-membros e Municípios ou particulares; em qualquer hipótese haverá serviço público.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem...**, 2004, p. 108). Marçal JUSTEN FILHO reconhece que tais atividades poderão ser prestadas por particulares, em nome próprio, ainda que sujeitas a regime jurídico próximo daquele aplicável aos serviços públicos. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 608).

Não só em âmbito nacional, a regulação das atividades de serviço público promovida principalmente a partir da década de 1990 permite a prestação de tais serviços, em algumas modalidades, sob regime jurídico privado, buscando-se extinguir “os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações...) e introduzir a idéia de competição na prestação de serviços públicos”²⁶⁷ No Brasil, este contexto pode ser identificado no setor das telecomunicação, energia e correios.

Ressalva Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que não há sentido admitir a idéia de uma nova crise no serviço público. Para ela, “o que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos na legislação ordinária, como ocorreu com a Lei Geral de Telecomunicações (...)”²⁶⁸ E, na linha da tese defendida, a autora ressalta que nos casos dos serviços liberalizados o legislador não está tratando de serviços públicos, mas sim *serviços de interesse coletivo* e *serviços de interesse restrito*, “estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição.”²⁶⁹

Portanto, entende-se que o legislador, ao admitir a prestação dos serviços de telecomunicações ou de captação de energia ou ainda alguns serviços relativos à atividade de correio, sob regime de direito privado, tão-somente explicitou a tese antes defendida: que tais atividades não se constituem, quando assim prestadas, como serviço público e, por isso, estarão submetidas ao regime da livre iniciativa. Busca-se, com isso, uma leitura alternativa que permita conjugar o novo tratamento conferido a algumas atividades com a necessária submissão do serviço público ao regime jurídico de direito público.

De uma certa forma, tal entendimento pode ser depreendido da leitura de Marçal JUSTEN FILHO, quando admite que “até seria possível que se consagrasse uma solução de conjugação tanto de serviço público, como de atividade econômica, de modo que algumas atividades seriam desempenhadas sob regime de Direito Público e outras sob o de Direito Privado.”²⁷⁰ Trata de tal matéria quando aprecia a

²⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 98.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Idem.

possibilidade de fragmentação do serviço público e sua dissociação entre atividades monopolizadas e concorrenciais²⁷¹. Propõe a seguinte aplicação prática da tese:

Suponha-se o caso da energia elétrica. Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, é indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência à rede de energia elétrica, de modo a assegurar o acesso a utilidades fundamentais. Portanto, a infra-estrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades fundamentais. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público.²⁷²

Como se observa, Marçal JUSTEN FILHO já rompeu, no cenário nacional, com o clássico entendimento de que a atribuição constitucional da atividade ao Estado como serviço público exclui desde logo qualquer aspecto de sua exploração da titularidade do particular. Com base no pressuposto de que só são serviços públicos as tarefas vinculadas à concretização de direitos fundamentais, admite que dentro de um campo de uma dada atividade serão definidos os serviços públicos e as atividades econômicas. Pressupõe, assim, que o critério da vinculação aos direitos fundamentais permite dissociar, no âmbito de determinadas atividades, aquelas que se qualificam como serviços públicos e aquelas que se qualificam como atividade econômica.

Admitindo-se tal entendimento, o autor restringe o rol de serviços públicos porque retira do elenco de tais serviços as atividades que forem tratadas como atividade econômica pelo legislador.

Não é este o entendimento que se adota na presente tese. Aqui, sustenta-se que a atividade do legislador permite a prestação de alguns serviços em caráter privado, como atividade econômica mas não retira do poder público o dever de garantir a sua prestação, também, na modalidade de serviço público (típico e submetido ao regime de direito público).

O posicionamento aqui defendido, portanto, é coerente e necessário para sustentar a tese, ou seja, trata-se de uma hipótese teórica que pretende garantir a manutenção do regime jurídico de direito público a todos os serviços públicos,

²⁷¹ Ibidem, p. 41.

²⁷² Ibidem, p. 41.

constituindo-se, tal regime jurídico, como garantia fundamental, instrumento para a concretização dos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana.

2 O ESTADO NECESSÁRIO – SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS SOCIAIS

2.1 O ESTADO COMO O MAL DO SÉCULO - AS ILUSÕES E DESILUSÕES DO SERVIÇO PÚBLICO

A relativização do papel do Estado e a crise de sua concepção social implica alterações na noção de serviço público e na função por ela desempenhada na promoção de direitos fundamentais.

Essa constatação pode ter como pano de fundo, no Brasil, a Reforma Administrativa e as diretrizes adotadas desde o governo Fernando Collor de Mello. Basicamente, cita-se a edição da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, convertida, posteriormente, na Lei nº 8031, de abril do mesmo ano. Criou-se, assim, o Programa Nacional de Desestatização, “que pretendia a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades *indevidamente* exploradas pelo setor público...”²⁷³ Buscava, ainda, tal programa, “reduzir a dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público e a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada, com a modernização do parque industrial do país, ampliando a sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial...”²⁷⁴

Nesta esteira, foi criado o Plano Real pelo então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, que, posteriormente, como Presidente da República editou, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²⁷⁵. Dando continuidade ao Programa de Desestatização de Collor de Mello, o documento traz um modelo de reestruturação do aparelho do Estado Brasileiro, buscando construir as bases de uma Administração Gerencial, pautada pelo princípio da eficiência, pela otimização de recursos, pela concessão de maior autonomia ao administrador público e pela orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-

²⁷³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003, p. 6.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995.

cliente²⁷⁶. Tais orientações foram ratificadas pela Lei no. 9492/97, também considerada como marco legal da reforma do estado brasileiro²⁷⁷.

As Emendas Constitucionais e a legislação infraconstitucional editada desde o final da década passada até meados da presente²⁷⁸, demonstram que os principais objetivos do Estado passam a ser o aumento na arrecadação de fundos e a diminuição de despesas²⁷⁹.

Desse modo, ainda que se mantenham os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, salvaguardados como cláusulas pétreas, é inegável que as ideias dos anos 90 serviram para promover uma mudança simbólica²⁸⁰ na racionalidade do Direito Administrativo Brasileiro, com a pretensão de aproximá-lo dos cânones do direito privado²⁸¹. Tal conjectura pode significar a reformulação da noção de serviço público, de acordo com os matizes que informam

²⁷⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: 34, 1996.

²⁷⁷ Segundo ele, nas duas leis citadas tem-se os mesmos objetivos no campo da desestatização, principalmente no que trata da reordenação da posição da posição estratégica do Estado na economia, para transferir à iniciativa privada as atividades exploradas pelo setor público; a contribuição para a reestruturação do setor público; retomada do investimento nas empresas e atividades transferidas à iniciativa privada, contribuição para a reestruturação econômica do setor privado; concentração das atividades administrativas nas prioridades nacionais; fortalecimento do mercado de capitais com a oferta de valores mobiliários e democratização do capital das empresas desestatizadas. (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 7).

²⁷⁸ Ver, exemplificativamente, Lei nº 9.427/96, que instituiu a ANEEL, Lei nº 9.472/97, que criou a ANATEL, Lei nº 9.478/97, regulamentando a ANP, Lei nº 9.491/97, que estabeleceu o programa de desestatização, Lei nº 9.637/98, que criou as Organizações Sociais, Lei nº 9.782/99, que criou a ANVISA, Lei nº 9.790/99, que instituiu as organizações da sociedade civil de interesse público, Lei nº 9.961/00, que estabelece a ANS, Lei nº 9.984/00, que criou a ANA, Lei nº 10.233/01, que criou a ANTT e ANTAQ, Lei nº 11.079/04, que regulamentou as Parcerias Público-Privadas e as Emendas Constitucionais nº 1 a nº 45, Lei Complementar n.º 101, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

²⁷⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

²⁸⁰ Sobre a importância dos símbolos na determinação do comportamento humano ver CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de: REYNAUD, De Guy. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 18 e COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1987, p. 98.

²⁸¹ Ver, neste sentido, FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 57-83 e ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 339-346.

esta nova concepção de Estado, dentro do atual catálogo das funções atribuídas ao Poder Público²⁸².

Como restou referido, o serviço público sempre foi tomado, desde sua perspectiva clássica, como uma *benesse* oferecida pelo Estado aos indivíduos. Assim, na base das teorias que impõem a prestação de tais serviços pelo Estado reside o pensamento de que cabe ao poder público *cuidar* e proteger seus cidadãos, promovendo condições de redistribuição econômica para permitir a todos o gozo de uma vida digna.

Essa é a ideia que caracterizou a prestação de serviços públicos no Estado Social. Neste modelo de organização política, segundo Manuel García PELAYO, compete ao poder público distribuir os recursos econômicos nacionais em recursos fiscais e, a partir daí, em bens à disposição dos particulares. Trata-se de “un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos.”²⁸³

A partir da década de 1970, em plano global, eclode a crise dessa concepção do Estado Social-Burocrático²⁸⁴, a qual expargiu seus efeitos sobre o cenário jurídico brasileiro mediante a legislação supracitada, inspirada nas modificações do panorama mundial. E a compreensão dessa crise pressupõe a análise de alguns aspectos do sistema capitalista, nos limites do presente trabalho.

Importa, o período que compreende o final do século XIX até o final da primeira metade da década de 40. Têm-se, aí, as duas Guerras Mundiais, o fim do regime monetário-cambial do padrão-ouro, a crise de 1929, a reconstrução do mercado europeu e a ascensão da economia dos EUA.²⁸⁵ Eric HOBBSBAWN ressalta, dentre os fatores políticos que distinguem tal período econômico, a hegemonia norte americana não só no plano da Economia, mas também no plano

²⁸² Dentre tantos autores que afirmam a necessidade de se repensar o tema do serviço público diante das reformas promovidas nos Estados Nacionais, a partir da década de 90, desponta o pensamento de Jorge SALOMONI (SALOMONI, Jorge. **Teoria...**, p. 325).

²⁸³ PELAYO, Manuel García. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1989, p. 34.

²⁸⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p. 1.

²⁸⁵ BALANÇO, Paulo; PINTO, Eduardo Costa; MILANI, Ana Maria. Crise e globalização no capitalismo contemporâneo: alguns aspectos do debate em torno dos conceitos de Estado-nação, Império e Imperialismo. In: IX Encontro Nacional de Economia Política, 2004, Uberlândia. Anais do IX Encontro Nacional de Economia Política, 2004.

cultural, especialmente no âmbito da cultura popular²⁸⁶. Tal traço ganha relevância, para o autor, na medida em que, segundo ele, os Estados Unidos pretendem a transformação do mundo de acordo com seus valores, o que alcança uma dimensão política que distingue a sua hegemonia daquela, por exemplo, exercida pela Grã-Bretanha no Séc. XIX²⁸⁷. Aliás, afirma que, diante das circunstâncias que caracterizam tal período, “os Estados Unidos são o único país da história que chegou a uma posição de reivindicar uma hegemonia mundial.”²⁸⁸

Após essa fase ingressa-se no período que ficou conhecido como a Era de Ouro do Capitalismo, dos anos de 40 até a década de 1970, “três décadas de continuada prosperidade e, inclusive, melhoria do bem-estar das grandes massas trabalhadoras nos países centrais.”²⁸⁹ A supremacia norte-americana ainda se mantém como característica desta fase, tanto no campo econômico como no cultural.

Curioso é que, apesar da preponderância das idéias norte-americanas como vetores do pensamento mundial, nesse contexto histórico, amplia-se a prestação de serviços públicos sob a matriz do pensamento europeu, ou seja, como instrumentos aptos a assegurar o acesso a bens indispensáveis para o desenvolvimento humano²⁹⁰.

A chamada Era de Ouro sucumbe durante os anos 70, com a diminuição crescente das taxas de acumulação de capital²⁹¹, o que acarretou o aumento

²⁸⁶ Afirma ele que este é o traço que mais tende a se perpetuar, porque “foi reforçada pelo papel cada vez mais importante da língua inglesa e pela difusão da informática, cuja língua franca é o inglês e que está bastante concentrada nos Estados Unidos.” Segundo ele, “essa hegemonia certamente irá prosseguir.” (HOBBSAWM, Eric. **O novo século**. Entrevista a Antonio Polito. São Paulo: Companhia das Letras, (ano?), p. 55).

²⁸⁷ Ibidem, p. 57.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ BALANÇO, Paulo; et alii. Op. cit., p. 6. Segundo os autores, “a intensa acumulação de capital ocorrida neste período aconteceu com base em um núcleo funcional composto pela grande empresa, aprofundando sua penetração nacional e internacional, e pelo Estado, mediante forte intervencionismo e regulação.”

²⁹⁰ Com efeito, no contexto do Estado liberal/social, a prestação dos serviços públicos era fundamental para garantir um mínimo para a população de modo que essa população pudesse ter condições de integrar o mercado de trabalho, permitindo, com isso, a produção OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

²⁹¹ Segundo dados trazidos por Aldo ARANTES, nos Estados Unidos, o setor industrial teve a taxa média de lucros de 24,35% no período de 50-70. Já no período de 70-93, caiu para 14,5%. Na Alemanha, a taxa de 23,1% passou para 10,9%, no Japão, foi de 40,4% para 20,4%. Informa o autor,

alarmante dos índices de desemprego na Europa e nos Estados Unidos²⁹². A conhecida “grande crise econômica mundial”, foi decorrência dos dois choques do petróleo, em 1973 e 1977, e da quebra do sistema de equilíbrio cambial, nos termos do Acordo de Bretton-Woods. Encerrava-se um ciclo da vida político-econômica do mundo e, junto com ele, a Era de Ouro que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial.²⁹³

Tem-se, com o fim da guerra fria,²⁹⁴ a formação de entidades transnacionais²⁹⁵, as revoluções da tecnologia da informação²⁹⁶ e dos mercados financeiros e o fluxo de consumidores individuais.²⁹⁷ a emergência do fenômeno da globalização²⁹⁸, cujo ponto e partida, para Eric HOBBSAWM, é a abolição da

ainda, que, no mesmo período houve, também, “uma queda de produtividade do trabalho, dos salários reais e um crescimento do desemprego.” (ARANTES, Aldo. **O FMI e a nova dependência brasileira**. São Paulo: Alfa Ômega, 2002, p. 44).

²⁹² BALANÇO, Paulo; et alii. Op. cit., p. 7.

²⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p. 1.

²⁹⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO aprecia o tema desde o advento do Estado Social, fenômeno que, para ele, decorreu do temor de que houvesse uma disseminação das idéias comunistas no Ocidente. Afirmar ele, nesse sentido, que “a História não registra gestos coletivos de generosidade das elites para com as camadas mais carentes (ainda que seja pródiga em exemplos dela no plano individual).” A partir daí, sustenta que “assim como o receio do comunismo propiciou a irrupção do Estado Providência, sua falência na União Soviética e no Leste Europeu – e sinais precursores de seu declínio no Extremo Oriente – está a lhe determinar o fim.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998, p. 70. Paulo Roberto Ferreira MOTTA também coloca como central, no avanço da globalização econômica, a derrocada do socialismo real. Assim, afirma que, com Ronald Reagan, “O Capitalismo estava livre, não só para adentrar nos antigos territórios da Cortina de Ferro, como também encontrar um fortalecimento nos países em que já era o sistema jurídico-econômico dominante.” (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 2).)

²⁹⁵ De acordo com Atílio A. BORÓN, desde a crise do Estado Social, em meados da década de 70, é possível identificar o surgimento de um reduzido conjunto de pequenas empresas transnacionais, chamadas por ele de *novos Leviatãs*, “cuja escala planetária e gravitação social os torna atores políticos de primeiríssima ordem, quase impossíveis de controlar e causadores de um desequilíbrio dificilmente reparável no âmbito das instituições e das práticas democráticas das sociedades capitalistas.” (BORÓN, Atílio. Op. cit., p. 7).

²⁹⁶ Segundo Kenichi OHMAE, “uma empresa pode operar em diferentes partes do mundo sem ter de construir todo um sistema de negócios em cada país...a capacidade pode residir na rede e tornar-se disponível – virtualmente, em qualquer parte – na medida da necessidade.” (OHMAE, Kenichi. **O fim do estado nação**. Rio de Janeiro: Campos, 1996, p. XX).

²⁹⁷ Para o autor citado, Kenichi OHMAE, “os consumidores querem produtos melhores e mais baratos, não importa a origem...” (Ibidem, p. XXI).

²⁹⁸ Para os fins da presente pesquisa, entende-se por globalização econômica o conceito adotado por Argemiro J. BRUM, que a define como “a internacionalização do processo produtivo”, ou seja, “o produtor compra matéria-prima em qualquer lugar do mundo, onde for melhor e mais barata;

distância e do tempo, que se deu mediante a aceleração e difusão dos sistemas de mercadorias e a produção em escala internacional.²⁹⁹

Impôs-se, com isso, aos Estados Nacionais, uma abertura ao mercado global, tomado como núcleo de poder da sociedade contemporânea³⁰⁰ e irradiador da proposta de reformulação das funções do Estado visando ao incremento do sistema econômico capitalista³⁰¹. A mundialização do capital, para Francois CHESNAIS, inaugura uma nova fase do capitalismo, que decorre da adoção de políticas de liberalização, de privatização, de desregulamentação e do desmantelamento dos direitos sociais e de conquistas democráticas³⁰².

No Brasil, Luiz Carlos Bresser PEREIRA foi um dos autores que, a partir da década de 90, diagnosticou o avanço da crise do modelo de Estado Social e propôs novos mecanismos de gestão administrativa³⁰³. Para ele, as principais causas da crise são o excesso de demandas sociais admitidas pelo poder público e a sua

instala fábricas nos países que oferecem segurança, incentivos e onde a mão-de-obra sai mais em conta; e vende a mercadoria no mundo inteiro.” Deste modo, “cada vez mais, produtos, capital e tecnologia perdem a identidade nacional, pela intensificação das fusões, incorporações, associações e compras de empresas de grupos econômicos em escala mundial e pela terceirização da produção...Já se concretiza, por exemplo, a idéia de ‘fábrica global’, e diferentes companhias se unem para a produção e lançamento do ‘carro mundial’ no mercado”. (BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 78). Não se pode tomar o fenômeno da globalização reduzido na sua dimensão econômica. Com efeito, como ressalta Manuel CASTELLS, a globalização é “um processo segundo o qual as atividades decisivas num âmbito de ação determinado (a economia, os meios de comunicação, a tecnologia, a gestão do ambiente e o crime organizado) funcionam como unidade em tempo real no conjunto do planeta.” (CASTELLS, Manuel. Para o estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na Era da Informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SOLA, Lourdes; WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. Brasília: Imprensa Oficial, 1999, p. 149).

²⁹⁹ HOBBSBAWM, Eric. **O novo...**, p. 71.

³⁰⁰ Pierre BOURDIEU, com a perspicácia de sempre, ao criticar o movimento neoliberal afirma que “essa nobreza de estado, que prega a extinção do Estado e o reinado absoluto do mercado e do consumidor, substituto comercial do cidadão, assaltou o estado: fez do bem público um bem privado, da coisa pública, da república, uma coisa sua...” (BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 38-39).

³⁰¹ Como referem Paulo BALANÇO, Eduardo Costa PINTO e Ana Maria MILANI, a face apresentada pelo capitalismo, após a chamada crise econômica dos anos 70 é, em verdade, um fenômeno associado à regularidade do capitalismo, que fundamenta o impulso às suas transformações (BALANÇO, Paulo; et alii. Op. cit, p. 4).

³⁰² CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996, p. 34.

³⁰³ Dentre tantos, ver a obra de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

impossibilidade de atendê-las, a pesada carga tributária incidente sobre os empresários nacionais e o acúmulo de poder no Executivo³⁰⁴.

Tais fatores, portanto, implicaram na busca de uma mudança nos contornos dos Estados, visando ao estabelecimento de novos padrões de Administração Pública, principalmente no que se refere à eficiência na gerência da coisa pública e na prestação dos serviços públicos³⁰⁵. Floresce um campo, então, àqueles que, desde o período Pós-Segunda Guerra Mundial posicionavam-se contra o Estado de Bem-Estar³⁰⁶, tendo-se, a partir daí, a ascensão do chamado neoliberalismo³⁰⁷.

O neoliberalismo, fundado no “pressuposto de que a liberalização do mercado otimiza o crescimento e a riqueza no mundo, e leva à melhor distribuição desse incremento”³⁰⁸, se impôs como ideologia dominante, alterando os valores sociais. Assim, para que se concretizasse fez-se necessário coibir o controle e a regulação do mercado para não restringir a acumulação de lucros e, portanto não impedir “a maximização da taxa de crescimento.”³⁰⁹

Em uma interpretação ortodoxa, a globalização e o neoliberalismo levariam até a substituição do conceito de Estado-nação, partindo do pressuposto de que a

³⁰⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit.

³⁰⁵ Nesta esteira, Jorge Luis SALOMONI entende a Reforma do Estado como gênero cujas espécies são a Reforma Administrativa – com base em uma nova Teoria do Estado - e da Administração – que pressupõe a discussão sobre formas de gestão. (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria...**, p. 422).

³⁰⁶ Segundo Paulo OTERO, “se a implementação da cláusula de bem-estar inerente ao Estado social produziu, num primeiro momento, um aumento das necessidades coletivas cuja satisfação ficou a cargo da Administração Pública, gerando um correlativo alargamento das estruturas orgânicas administrativas aptas a responder aos novos desafios da função administrativa, o certo é que, num segundo momento, se observou uma tendência irreversível para o aumento da despesa pública, originando défices orçamentais permanentes, tendo conduzido, por último, a situações de quase “ingovernabilidade”, ou de “crise do Estado”, todas elas reveladoras de uma verdadeira hipertrofia do Estado de bem-estar. (OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 298).

³⁰⁷ Em verdade, desde 1944, com o texto “O caminho da Servidão”, Friedrich Hayek, acompanhado por Milton Friedmann, Karl Popper, Lionel Robbins, Luswig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Slavador de Madariada, dentre outros, pregava a necessidade de combater o keynesianismo e o solidarismo para preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre das intervenções estatais. A partir de 1979, vários governos de inspiração neoliberal ascenderam em países importantes, tais como a Inglaterra (1979), Estados Unidos (1980), Alemanha (1982) e Dinamarca (1983) (ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 19).

³⁰⁸ HOBBSAWM, Eric. **O novo...**, p. 79.

³⁰⁹ Idem.

economia global prescinde da organização política das nações.³¹⁰ Kenichi OHMAE sustenta, nesse sentido, que “os Estados-Nações já perderam seus papéis como unidades significativas de participação na economia global do atual mundo sem fronteiras (...) já não precisam exercer um papel de formadores do mercado (...) soluções globais fluirão para onde forem necessárias (...)”³¹¹

Assim, como já se sustentou em outra oportunidade³¹², ao invés de se reestruturar o Estado para que pudesse vir a ser uma instituição que efetivamente assegurasse os mínimos direitos capazes de garantir a sobrevivência digna dos indivíduos, preferiu-se, mais uma vez, na história, conceder tal tarefa ao mercado. Porém, não há como se admitir a idéia do fim do Estado. Nos países que adotaram o neoliberalismo é possível reconhecer a diminuição do Estado no atendimento de demandas dos cidadãos³¹³. Porém, é inegável o seu fortalecimento na repressão de movimentos sociais, mostrando-se sempre pronto a garantir o livre mercado³¹⁴.

Destarte, a política neoliberal redireciona o foco do Estado-Nação, já que “a população, então, não é a questão chave. O mais importante é que cada Estado-região possua, em uma ou outra combinação, os ingredientes básicos para a participação bem-sucedida na economia global.”³¹⁵ O ser humano, que no liberalismo clássico só era assim reconhecido pela marca de sujeito de direito e que no Estado Social havia conquistado o direito de ser proclamado como indivíduo

³¹⁰ Conforme idéia ressaltada por ARANTES, Aldo. Op. cit., p. 53.

³¹¹ OHMAE, Kenichi. Op. cit., p. 5.

³¹² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.

³¹³ Com efeito, enquanto o capitalismo vivia sua fase produtivista, era necessário assegurar à grande massa trabalhadora ao menos as mínimas condições de sobrevivência e consumo, para que pudessem manter ativo o sistema econômico. Contudo, a emergência do modelo econômico monetarista, no final do século passado e início deste século, faz com que deixe de ser relevante a condição de vida de milhares de trabalhadores, pois, diante do avanço tecnológico, são elementos supérfluos na manutenção do regime. Além disso, o que se mais valoriza, neste contexto, é a estabilidade econômica, que vai proporcionar condições ótimas de desenvolvimento do mercado, espaço no qual os indivíduos poderão alcançar a felicidade. Assim, não há motivo que justifique manter um Estado-Providência, voltado à distribuição de riquezas. (HERNÁNDEZ, Juan Ramón Capella. *Estado y derecho en la mundialización* (Coord.) Madrid: Escuela Judicial, 1999, p. 107).

³¹⁴ Segundo Aldo ARANTES, “para superar a crise, o Estado assumiu um papel ativo, fornecendo empréstimos, reduzindo impostos para os ricos, e adotando outras medidas de favorecimento aos bancos e corporações industriais... o neoliberalismo defende a retirada do Estado da atividade produtiva, mas sua presença nas demais esferas da atividade econômica, como elemento garantidor da acumulação capitalista.” (ARANTES, Aldo. Op. cit., p. 46, 49).

³¹⁵ OHMAE, Keniche. Op. cit., p. 75.

concreto, no neoliberalismo depende da condição de consumidor³¹⁶ para adquirir o *status* de humanidade. O que importa, neste contexto, é o potencial consumidor dos indivíduos³¹⁷. O sujeito da história passa a ser o mercado, rompendo-se, definitivamente, com a ética³¹⁸ da modernidade³¹⁹.

A revisão das funções do Estado, proposta no neoliberalismo, fundamenta-se na suposta falência das estruturas administrativas prestadoras de serviços públicos. Segundo os economistas da Escola de Chicago, essas estruturas foram rechaçadas pelos defensores do mercado porque tomadas como extremamente dispendiosas para a sociedade, já que financiadas apenas pela parcela contribuinte, mediante tributação³²⁰. Explica-se, assim, a pressão pela diminuição da carga tributária que marca todos os Estados que, em algum momento, adotaram os cânones neoliberais³²¹.

No advento do neoliberalismo, o Estado-prestacionista padecia de uma crise de legitimidade³²². Os defensores do mercado, descontentes com os altos custos do Estado, propugnavam a redução de suas funções com o objetivo de minimizar os

³¹⁶ Ainda assim deve-se observar que o consumidor, ainda que seja importante no contexto da globalização econômica, não é o núcleo do sistema, sendo necessário relativizar os benefícios trazidos, seja em relação ao aumento da possibilidade de escolha ou à suposta redução de preços. Conferir, neste sentido, SILVEIRA, Eduardo Teixeira. **A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 55.

³¹⁷ A análise pode ser feita tomando-se por referência, por exemplo, o pensamento de Enzo BELLO: “ao invés da sua nova perspectiva ampliada, assumida em meio a um espaço público revigorado e por sujeitos coletivo, politicamente atuantes, a cidadania passa a ser explorada numa aceção restritiva, privada e atomizada, consubstanciando não mais o pertencimento à comunidade política, mas a integração dos indivíduos ao mercado.” (BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-205; p. 195).

³¹⁸ Paulo Roberto Ferreira MOTTA, no mesmo sentido, afirma que “o maior problema das reformas perseguidas pela globalização reside no fato de que estas se operam sem nenhum conteúdo ético.” (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 5).

³¹⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-56; p. 44.

³²⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. Op. cit., p. 553.

³²¹ Porém, na prática, a demanda pela diminuição das taxações ocorreu de maneira a fomentar a competitividade das empresas no mercado internacional.

³²² Eric HOBBSBAWM aprecia a crise de legitimidade não só sob o aspecto da pretensa ineficiência da máquina estatal mas também ligada à não aceitação de uma autoridade superior. (HOBBSBAWM, Eric. **O novo...**, p. 46).

gastos públicos. Na outra ponta, a parcela da população que dependia das prestações públicas também não reconhecia a competência do Estado para o atendimento de suas demandas, dada a ausência de serviços ou a má qualidade daqueles que eram oferecidos.

Na visão de Claus OFFE, a crise de legitimidade do Estado Social pode ser explicada como uma decorrência do próprio sistema de acumulação de capital, que apresentava baixos índices de crescimento e altas taxas de desemprego. Diante desse quadro econômico, houve um aumento das demandas por serviços públicos, dado o número de pessoas que passaram a depender do Estado para sua subsistência. Tal aumento, contudo, não foi acompanhado de um crescimento na arrecadação tributária³²³. Com isso, a maioria dos Estados se viu diante da insuficiência de recursos capazes de sustentar a prestação adequada dos serviços exigidos³²⁴.

A reformulação do aparelho do Estado, então, de acordo com os postulados neoliberais, orienta-se pela diminuição da estrutura estatal³²⁵ mediante (i) a política de privatização de empresas públicas; (ii) o enxugamento da máquina administrativa e (iii) a diminuição da prestação de serviços públicos³²⁶, cuja noção é revista de

³²³ Segundo a análise de Claus OFFE, diminuindo-se as taxaões para tentar neutralizar o descontentamento daqueles que, em última análise, financiam a estrutura do Estado Social (capitalistas), o Estado entra em crise fiscal - porque precisa gastar mais do que arrecada. E, em decorrência destas circunstâncias, tem-se a crise de governabilidade, visualizada na incapacidade do poder público de implementar suas políticas. OFFE, Claus. Op. cit., p. 249.

³²⁴ Paulo Roberto Ferreira MOTTA assevera como fatores que permitiram a disseminação da Reforma do Estado “uma menor esperança na capacidade de o poder público resolver os problemas econômicos e sociais mediante as receitas tradicionais;” e “as exigências da cidadania por uma maior qualidade nos serviços públicos.” (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 4). Mais adiante, afirma que, no quadro do Estado Social, o Estado, para dar conta de tantas atividades, “encontra *déficits fiscais* cada vez maiores, que devem ser combatidos, conseqüentemente pelo aumento da carga tributária. Este aumento cria outras conseqüências que trazem novas crises de legitimação.” (Ibidem, p. 38).

³²⁵ Segundo Ariño ORTIZ, o Estado, durante as décadas de ouro do Capitalismo econômico, se agigantou e, com isso, tornou-se ineficiente. Assim, a qualidade dos serviços públicos prestados é mínima e o cidadão é, “hoy um ciudadano cautivo cuya vida y hacienda há entregado a um monstruo que devora a sus hijos” (ORTIZ, Gaspar Ariño. Op. cit., p. 550).

³²⁶ “No que toca especificamente aos serviços públicos, sempre considerados como um espaço nacional de garantia de direitos, o processo de erosão do poder estatal foi ainda mais agravado pela necessidade de o Estado buscar no mercado, então já um mercado global, os recursos necessários à sua manutenção e aperfeiçoamento e à minoração do déficit público.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 52).

modo a permitir uma aproximação cada vez maior do regime das atividades prestadas pela iniciativa privada³²⁷.

Não pode ser desconsiderado, contudo, que o desenvolvimento de uma teoria política pautada na diminuição do papel intervencionista do Estado, como na Europa e nos Estados Unidos, só foi possível porque em tais locais a maior parte da população já tinha assegurado um núcleo mínimo de direitos pois foi efetiva a implantação do Estado Social³²⁸.

Essa não é, no entanto, a realidade dos países fora do eixo EUA-Europa, que, em sua maioria, passaram as décadas de ouro do capitalismo sob regimes totalitários sem que fosse possível a realização do Estado Social e Democrático de Direito³²⁹. Nesses países, mantém-se as necessidades sociais que justificaram a criação dos serviços públicos pois enorme parcela da população não teria acesso aos bens assegurados por tais serviços a não ser que fossem prestados pelo Estado.³³⁰ Por isso, nessas realidades históricas, o ideário neoliberal é ainda mais pernicioso.

Em termos mundiais a globalização econômica de viés neoliberal permitiu uma maior concentração de rendas, a formação de oligopólios e o aumento da pobreza, em razão do desemprego, consequência direta da automação e do fortalecimento do capital financeiro não produtivista. Quanto aos cidadãos, como era

³²⁷ “No sistema neoliberal, onde a pressão é forte para reduzir os gastos do Estado, diminuindo os impostos e as contribuições sociais, as vítimas da redução dos gastos são os serviços sociais. O resultado é: baixa a qualidade dos serviços – educação popular, saúde, ajuda às categorias mais carentes; diminui o pessoal disponível ou não cresce na medida das necessidades; os funcionários públicos são mal remunerados. Há uma pressão muito forte para que todos os países adotem o esquema dos Estados Unidos: cada cidadão assume através de seguros privados os gastos de aposentadoria, saúde, educação. O Estado intervém somente na forma assistencial: trata-se antes de uma concessão benévola do Estado do que um direito do trabalhador.” (COMBLIN, José. Op. cit., p. 110).

³²⁸ SALOMONI, Jorge Luis. Teoria..., p. 330. Tal idéia é confirmada na obra de Ariño ORTIZ, que, como antes citado, defende a necessidade de ser revista a noção de serviço público, porém sem perder aquilo que já se conquistou, conforme restará abaixo demonstrado. Ver, para tanto, nota no. Tal

³²⁹ Lênio STRECK afirma que o Estado Social, no Brasil, não passou de um simulacro, pois “constroem-se estruturas sociais que, ao se fazerem modernas, mantêm todas as características do que há de mais moderno e estúpido”, razão pela qual não se concretizaram, no Brasil, as promessas da modernidade. (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27).

³³⁰ “Quanto ao direito à saúde, importa reconhecer que na maior parte das cidades brasileiras o saneamento básico (uma das extensões do direito à saúde) não atende à totalidade da planta urbana, devendo o poder público levar o sistema de esgotamento sanitário e de água tratada às residências não atendidas. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia...**, p. 22).

de se esperar, “a privatização das empresas públicas e a redução do papel intervencionista do Estado de bem-estar social debilitaram ainda mais as condições de vida”.³³¹

No Brasil, bem como nos demais países de capitalismo periférico, a crise manteve-se em face do caráter dependente de sua economia, fortemente vulnerável diante da política externa³³². Além disso, nesses países o processo de privatização, “ao contrário do que ocorre em solo europeu, não visa uma melhor qualidade na prestação dos serviços públicos”, servindo, sim, como “método utilizado pelos governos para fazer frente às exigências de seus credores internacionais no (re) financiamento dos programas de estabilização econômica dos anos de 1990.”³³³ Aliás, a análise de Paulo Roberto Ferreira MOTTA sobre as privatizações vai além dos efeitos causados na esfera dos serviços públicos, já que sustenta que a política privatizante “serve, também, ao criar desemprego em massa, para debilitar os movimentos sociais adversários do capitalismo.”³³⁴

É precisa a crítica de Manuel CASTELLS:

O sistema global tem a estrutura de rede, a qual, valendo-se da flexibilidade proporcionada pelas tecnologias de informação, conecta tudo o que vale e desconecta tudo o que não vale ou se desvaloriza: pessoas, empresas, territórios e organizações. Por isso a globalização é ao mesmo tempo segmentação e diferenciação. Junto à conexão das multinacionais e suas redes auxiliares, junto à inter-relação dos mercados financeiros, observa-se a marginalização de grupos sociais, de pessoas, de atividades, e, às vezes, de regiões e países inteiros. A globalização é, ao mesmo tempo, dinamismo produtivo, inclusão dos criadores de valor e marginalização social, exclusão dos que carecem de interesse como produtores ou consumidores a partir da perspectiva da produtividade, competitividade e lucro, que constituem critério fundamental para mercados desregulados e economias privatizadas.³³⁵

³³¹ Citado por ARANTES, Aldo. Op. cit., p. 42.

³³² A idéia de dependência da economia brasileira também é referida por BRUM, Argemiro J. Op. cit., p. 117 e ss.

³³³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p.3.

³³⁴ Idem.

³³⁵ CASTELLS, Manuel. Op. cit., p. 149-150.

Com o fracasso do neoliberalismo, retoma-se o Estado como a instituição que permite manter hígido o sistema dominado pelo capital³³⁶, buscando resgatar a noção de que os indivíduos, antes de consumidores, são “cidadãos com deveres uns para com os outros e para com a sociedade”³³⁷ e com demandas que devem nortear as pautas políticas.

A proposta de Tony Blair, na Inglaterra, é um dos exemplos que ilustra a tentativa de adoção de mecanismos de desenvolvimento sustentado de cunho pretensamente social. Especificamente quanto ao papel a ser desempenhado pelo Estado, afirmava o então primeiro Ministro britânico ser necessário

ter confiança na capacidade do Estado, tanto para regular a sociedade como para melhorá-la, sendo, portanto, necessário promover reformas institucionais, que o renovem e revitalizem, e descentalizem e democratizem mais o poder, para o desempenho eficiente de suas novas funções, pois o mercado, embora importante, é insuficiente, por si só, para promover profundas mudanças de cunho humanista na sociedade.³³⁸

A concepção que inspirou tal perspectiva política ficou conhecida como a Terceira Via ou como “a nova esquerda”, que defende o incentivo ao livre mercado, pretendendo assegurar as condições para a manutenção do sistema capitalista, mantendo as bases da globalização econômica. Reconhece, para tanto, a necessidade de implementação de mecanismos de mediação do mercado, mediante a atividade reguladora do Estado.

Emerge, assim, um novo modelo de Estado, o chamado Estado Regulador. Nesse modelo, pretende-se a transferência para o mercado de atividades tomadas

³³⁶ Ainda que, para CHOMSKI, por exemplo, o não intervencionismo do Estado na economia era uma pauta neoliberal a ser aplicada nos países emergentes, e não nas grandes potências. Isto porque, a economia norte-americana, por exemplo, sempre contou com um dirigismo estatal, voltado à proteção do mercado interno. Segundo ele, “as ‘experiências’ contemporâneas seguem um padrão conhecido ao assumirem a forma de ‘socialismo para os ricos’ dentro de um sistema de mercantilismo empresarial global no qual o ‘comércio’ consiste, em larga medida, de transações centralmente administradas no interior das próprias empresas, imensas instituições ligadas aos seus concorrentes por alianças estratégicas e dotadas de estruturas internas tirânicas projetadas para obstaculizar a tomada de decisões democráticas e para proteger seus donos da disciplina do mercado. Essa implacável disciplina é para ser ensinada somente aos pobres e indefesos.” (CHOMSKY, Noan. **Ou o lucro ou as pessoas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 44).

³³⁷ BRUM, Argemiro J. Op. cit., p. 115.

³³⁸ Ibidem, p. 116.

como serviço público no contexto do Estado intervencionista, “bajo esquemas de supervigilancia de mayor o menor intensidad.”³³⁹

Alejandro Vergara BLANCO define o Estado Regulador pelo princípio da subsidiariedade, “que limita a actividade del Estado...ahora el sistema garantiza que la iniciativa en económica corresponde esencial y originariamente a los particulares, recononciéndosela, en general, como espontanea;”³⁴⁰ Nessa perspectiva, a função do Estado passa a ser, predominantemente, a de regulamentar o exercício das atividades privadas³⁴¹, atuando diretamente apenas nos casos em que os particulares não conseguirem suprir as demandas e para assegurar à população o acesso a um conjunto mínimo de direitos³⁴².

A proposta de um modelo de Estado Regulador apresenta-se como uma tentativa de substituir o vazio deixado pelo modelo de Estado Social, fragilizado desde a efetivação das políticas neoliberais. Paulo OTERO, no seio da doutrina portuguesa, prefere o termo Estado ‘post-social’ postulando que, diante da ‘autodissolução” do conceito de Estado Social, o poder público deverá reduzir o seu peso na economia, “retirando-se da produção directa de bens e remetendo-a para a iniciativa económica privada, privatizando, em consequência, parte significativa do seu sector empresarial e, num segundo momento, procedendo à privatização dos próprios serviços públicos ou, pelo menos, da sua gestão.”³⁴³ O autor aponta, ainda, que, mesmo diante da redução do papel econômico do Estado, registra-se um crescimento da regulação jurídica da economia, o que faz com que afirme que “a liberalização fez o ‘Estado prestador’ converter-se em ‘Estado regulador’”³⁴⁴.

³³⁹ BLANCO, Alejandro Vergara. Op. cit., p. 42.

³⁴⁰ Sobre a atuação subsidiária do Estado ver, por todos, a tese de doutoramento de Emerson GABARDO, que, a partir da apreciação das principais obras sobre o tema, trata a subsidiariedade de maneira absolutamente inovadora. (GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça:** para além do bem e do mal. 409 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Setor de Ciências de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/19053/1/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf>. Acesso em: 24/04/2009

³⁴¹ BLANCO, Alejandro Vergara. Op. cit., p. 43.

³⁴² “la regulación siempre será necesaria pero debe ser solo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye.” ORTIZ, Gaspar Ariño. Op. cit., p. 557.

³⁴³ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 300.

³⁴⁴ Ibidem, p. 301.

No Brasil, no contexto da Reforma do aparelho do Estado, a criação das agências reguladoras³⁴⁵, a partir de 1996, reflete tal tendência. Sustenta-se, assim, que, “sem políticas regulatórias firmes e incisivas, a falência sistêmica das empresas públicas e sociedades de economia mista que restarem continuará.”³⁴⁶

A regulação não responde, porém, tão-somente à necessidade de garantir a eficiência na prestação dos serviços. Antes, é uma exigência da economia globalizada. Com efeito, seja no contexto europeu, seja nos países emergentes, a privatização das estatais permitiu a exploração de serviços públicos, antes monopolizados, por empresas multinacionais, cujas atividades serão viabilizadas se os serviços prestados forem padronizados e submetidos a um mesmo regime jurídico. Segundo Jacintho de Arruda CÂMARA, as empresas interessadas na execução dos serviços privatizados “exigiam um ambiente regulatório confiável, ou melhor, conhecido, em que os mecanismos de resolução de conflitos, de produção normativa, entre outros aspectos de relevo, não lhes fossem estranhos.”³⁴⁷

Por todo exposto, são inegáveis as mutações pelas quais vêm passando a noção de serviço público. Apesar das pouquíssimas alterações em seu regime constitucional, o ordenamento infraconstitucional e a jurisprudência têm admitido uma série de novos postulados que muito se distanciam do clássico conceito elaborado pelos integrantes da Escola de Bordeaux, por vezes adotando mecanismos próprios do desenvolvimento das atividades econômicas em sentido estrito, como visto no Capítulo I³⁴⁸.

³⁴⁵ Paulo Roberto Ferreira MOTTA traz o histórico da criação das agências reguladoras no Brasil (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 7-11).

³⁴⁶ Ibidem, p. 44.

³⁴⁷ CÂMARA, Jacintho de Arruda. Telecomunicações e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VILHENA, Oscar Vieira (Coords.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 185.

³⁴⁸ Ver distinção clássica de GRAU, Eros Roberto. **Direito...**, p. 137 e ss. Mônica Spezia JUSTEN adverte que a dissociação entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público não encontra paralelo no Direito Comunitário. Segundo ela, “essa categorização, jungida ao modelo constitucional brasileiro, parece levar em conta a titularidade do gestor, daí deriva a distinção categórica entre duas esferas: a pública e a privada. Uma classificação dessa ordem não encontra equivalência na doutrina comunitária sobre a material, vez que a disciplina do Tratado da Comunidade Européia funda-se no critério objetivo da atividade. (JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 181).

Vale lembrar, porém, que de acordo com o critério adotado nesta tese, a identificação de uma dada atividade como econômica em sentido estrito ou serviço público depende não só do seu elemento subjetivo, mas também do regime jurídico específico a que está submetida. E a relativização desse regime jurídico do serviço público, diante de sua aproximação ao direito privado tem sido identificada, pela doutrina, como uma nova crise da noção³⁴⁹.

É de se ter em mente que, na Europa, com a ascendência do Direito Comunitário, tem-se substituído, gradualmente, a noção de serviço público, aproximando-se cada vez mais tal conceito da noção das *publics utilities*, do direito americano³⁵⁰, principalmente no que se refere aos chamados serviços públicos econômicos³⁵¹.

No cenário europeu, a reformulação do instituto ocorre não só como consequência da globalização econômica, mas também em face da necessidade de sua adaptação ao contexto da integração comunitária³⁵². A implantação do mercado comum, com ênfase na livre circulação de bens e serviços sob regime concorrencial³⁵³, implicou na quebra de tradicionais monopólios, impondo a

³⁴⁹ Em âmbito doutrinário é possível identificar diversas crises pelas quais teria passado o instituto do serviço público. Importa, no presente estudo, contudo, debruçar-se somente na última referida pelos autores, que coincide com a ascensão dos modelos econômicos inspirados nas idéias do neoliberalismo, em face da globalização econômica. Sobre o tema, ver, por todos, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 63.

³⁵⁰ Segundo Alexandre dos Santos ARAGÃO, as *public utilities* tratam-se de atividades da iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogenamente, impõe normas de regulação, limitando a entrada no mercado, estabelecendo padrões para a competição entre os agentes nele atuantes e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores.” (ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito...**, p. 105).

³⁵¹ MODERNE, Frank. La Idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas. In: In: CASSAGNE, Juan Carlos. (org). **Servicio público y policia**. Buenos Aires: Universitas, 2006, pp. 7-24, p.15).

³⁵² Ver, neste sentido, OTERO, Paulo. Op. cit., p. 302.

³⁵³ MORAS, Juan Martín Gonzáles. **Los servicios públicos en la unión europea y el principio de subsidiariedad**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 169.

relativização dos serviços titularizados pelos Estados-Nacionais, principalmente os serviços em rede e os de transporte³⁵⁴.

Desde o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia em 25.03.1957, já se fez referência ao tema das atividades de serviço público, pretendendo a compatibilização do instituto com os fins da comunidade internacional, “no sentido de reduzir os espaços ocupados pela atuação direta do Estado no mercado.”³⁵⁵ Surge, assim, no art. 90 (atual art. 86), o conceito de *serviços de interesse econômico geral*, que admite a concorrência no setor³⁵⁶. A noção tradicional de serviço público foi citada apenas no art. 77 (atual art. 73), que estabeleceu: “são compatíveis com o presente Tratado os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público.”

Os serviços públicos de cunho social não foram referidos no Tratado como deveres do poder público. No setor da educação, o documento limita a responsabilidade dos Estados-membros pelo “conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como a sua diversidade cultural e lingüística” (art. 126, atual 149). No setor da saúde, o Título X (atual Título XIII), elenca uma série de medidas que deverão ser adotadas pelos Estados-Membros, refere-se à saúde pública, mas não elucida a prestação direta de tais serviços pela Administração. Nesse setor, são permitidas restrições à livre circulação de bens e serviços, de acordo com a regra do art. 36 (atual art. 30).³⁵⁷

O Tratado de Roma foi modificado pelo Tratado de Maastricht, 07.02.1992, que instituiu a União Europeia, e pelo Tratado de Amsterdam, de 1997.

³⁵⁴ “las políticas de liberalización de las fronteras nacionales incidirían sobre ciertos sectores de las economías nacionales fuertemente protegidos por los Estados miembros. Entre ellos, el de los servicios públicos.” (MORAS, Juan Martín Gonzáles. Op. cit., p. 169).

³⁵⁵ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 174.

³⁵⁶ GROTTI, Dinorah Adelaide Musetti. O serviço público..., p. 74.

³⁵⁷ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 174.

O Tratado de Maastricht, no tema dos serviços públicos, repete os dispositivos do Tratado de Roma e mantém as prescrições do art. 86, que determina a extinção dos monopólios na prestação dos serviços de interesse econômico geral. Permanece a opção da União Europeia pelo regime concorrencial em detrimento da atuação do Estado no setor.

No âmbito Europeu, houve intensa resistência às inovações no serviço público e pela sua gradual substituição pelo conceito de serviço de interesse geral. A França liderou o movimento de resistência, visando “colocar em evidência a situação vulnerável do cidadão diante da liberalização do mercado” porque “privatizar os serviços públicos poderia deixar os administrados sem a garantia de acesso a esses bens gravados pelo interesse público.”³⁵⁸

Com o Tratado de Amsterdã, de 1997, a temática dos foi regulamentada de maneira a absorver, ao menos em parte, tais reclamos³⁵⁹. Tal Tratado altera os termos das disposições do Tratado que instituiu a Comunidade Européia (Tratado de Roma), e insere, no final da Parte I, o seguinte artigo:

Artigo 7º-D

Sem prejuízo do disposto nos artigos 77º, 90º e 92º, e atendendo à posição que os **serviços de interesse económico geral** ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.» (Sem destaque no original.)³⁶⁰

³⁵⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 189. A autora, nesse sentido, ressalta que “Na França, o enfoque liberalizante da Comunidade produziu uma verdadeira mobilização popular nacional, visando a assegurar a defesa e a continuidade de regimes jurídicos configurados à idéia de serviço público.” Mas cita que o debate sobre a proteção dos serviços públicos também ocorreu na Bélgica, Luxemburgo, Alemanha, Dinamarca, Itália e Grécia (JUSTEN, Monica Spezia. Op. cit., p. 191).

³⁵⁹ Alexandre Santos de ARAGÃO analisa que “a preocupação preponderantemente econômica existente no início da União Européia, e que indubitavelmente foi fundamental para a sua consolidação, foi cedendo espaço, pela própria expansão do escopo da União Européia, para uma visão garantística e de cidadania européia, na qual a idéia do interesse geral a ser assegurado por determinadas atividades é cada vez mais forte...” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 116).

³⁶⁰ <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>, acesso em 02.08.09

Com o Tratado de Amsterdã há o reconhecimento pelos Estados-Membros de que os serviços de interesse econômico geral devem estar submetidos a um regime jurídico específico que permita aos cidadãos deles usufruir, dada a sua missão de garantir a coesão social e territorial.

Essa tendência foi consagrada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁶¹, formalmente adotada em Nice, em dezembro de 2000, e com força obrigatória a partir do Tratado de Lisboa. Foi proclamada pela segunda vez em Dezembro de 2007³⁶². A partir das prescrições do art. 36, da Carta, “A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial da União.”

Da interpretação do referido dispositivo, entendeu-se que os Estados-Membros admitem que os serviços de interesse econômico geral deverão submeter-se a “um regime especial em relação ao direito da concorrência e à livre prestação de serviços, desde que sejam respeitados os princípios da neutralidade e da proporcionalidade.”³⁶³

As atividades que tradicionalmente eram entendidas como integrantes do rol dos serviços públicos foram tratadas, então, nos documentos referidos, ora sob a denominação de *serviço público* (transporte), *serviço de interesse econômico geral*

³⁶¹ Não é só no âmbito do serviço público que a Carta de Direitos Fundamentais de Nice apresenta especial importância para o Direito Administrativo. Com efeito, o 41 consagra como direito fundamental o direito a uma boa administração, que significa que “Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.” A matéria não tem sido objeto de maiores estudos no direito nacional, com a honrosa exceção da obra de Juarez FREITAS, *Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, na qual o autor assevera que tal direito “é norma implícita direta e de imediata eficácia em nosso sistema constitucional, a impelir o controlador a fazer as vezes de ‘administrador negativo’, isto é, a terçar armas contra a discrecionariedade exercida fora dos limites ou aquém dos limites – a saber, de maneira extremada ou deficiente.” (FREITAS, Juarez. *Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 7).

³⁶² http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/l33501_pt.htm acesso em 02.08.2009.

³⁶³ GROTTI, Dinorah Adelaide Musetti. **O serviço público...**, p. 80.

(serviços em rede) ou *serviços de interesse geral* (saúde e educação, por exemplo). As regras de Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias, especificamente a COM (2001) 598, fornecem as definições de tais conceitos.

Assim, por serviço de interesse geral³⁶⁴ entendem-se “as atividades de serviços, com fins lucrativos ou não, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitas a obrigações de serviço público”³⁶⁵.

Já os serviços de interesse econômico geral são “os serviços de mercado que os Estados-membros sujeitam a obrigações de serviço público em função de critérios de interesse geral”³⁶⁶. Nesta última categoria situam-se os serviços de transporte, energia elétrica e comunicações.

As normas da União Europeia referem-se, ainda, ao conceito de serviço universal³⁶⁷. Segundo a COM (2001) 598, os serviços universais são aqueles que asseguram a manutenção e a acessibilidade dos serviços no processo de transição para a abertura do mercado, configurando-se como “o conjunto mínimo de serviços de determinada qualidade a que todos os utilizadores e consumidores têm acesso, tendo em conta eventuais circunstâncias específicas em nível nacional, a preços razoáveis.”³⁶⁸

Dos conceitos trazidos pelas normas da União Europeia é possível concluir que, atualmente, a matéria dos serviços públicos, em nível comunitário, é tratada pela categoria de serviços de interesse geral, os quais abrangem atividades

³⁶⁴ COM (2001) 598, final, p. 24.

³⁶⁵ Na doutrina, Franck MODERNE define como serviços de interesse econômico geral as atividades que “conformam la infraestructura de las actividades económicas (energía, telecomunicaciones, correos, transportes) o las actividades cuya finalidad primaria no es empresarial siempre que se produzcan dentro del sistema económico, dominado por el imperativo de la competencia” (MODERNE, Franck. Op. cit., p. 18).

³⁶⁶ COM (2001) 598, final, p. 24.

³⁶⁷ De acordo com Mônica Spezia JUSTEN, a expressão serviço universal surgiu na jurisprudência americana, há mais de um século, na matéria de telecomunicações. Na esfera comunitária, refere a autora que tal conceito foi introduzido a partir do Ato Único de 1986, com o objetivo de não excluir os cidadãos da prestação de tais serviços. (JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 194).

³⁶⁸ COM (2001) 598, final, p. 24.

que são atendem necessidades básicas dos cidadãos. Dentre estes serviços, aqueles que permitirem exploração econômica serão os denominados serviços de interesse econômico geral. Enquanto os serviços de interesse geral têm alcance no âmbito comunitário, os serviços universais indicam aqueles que, na esfera do Estado-Membro, devem ser assegurados, de modo a garantir um mínimo de prestações a todos os cidadãos³⁶⁹. A diferença, então, se dá no âmbito da competência para a regulação de tais atividades – os serviços de interesse geral devem ser regulados pela UE, enquanto os serviços universais fazem parte da regulamentação dos estados nacionais.

O recorte dado pelas normas da UE possibilita refletir sobre os contornos que delimitam a noção atual do serviço público e os novos conceitos trazidos para definir as atividades que antes eram assim tratadas. É certo que as categorias apontadas têm em comum a chamada missão de interesse geral, razão pela qual admite-se que “autoridades públicas podem impor obrigações específicas de serviço público ao organismo que presta o serviço.”³⁷⁰ A missão de interesse geral apresenta-se, assim, como o clássico elemento material do serviço público à *francesa*, que implica na adoção de um regime jurídico diferenciado na prestação dos serviços (elemento formal). Em comparação à noção tradicional de serviço público, tem-se, então, a permanência dos elementos material e formal, sendo o elemento subjetivo o que apresenta maior relativização.

Comparando os conceitos trazidos pela citada COM 598, Mônica Spezia JUSTEN assevera que o conceito de serviço de interesse econômico geral não

³⁶⁹ A diferenciação, na doutrina, entre tais conceitos é feita de forma irretocável por Juan Martín Gonzáles MORAS: “la noción de ‘servicio universal’ debería ser vinculada directamente a la regulación de los servicios prestados a través de ‘redes transeuropeas’ es decir, éstas definirían el ámbito infraestructural de regulación preponderantemente comunitaria ... de manera a garantizar las posibilidades de acceso a ellas, y jurídicamente por la uniformidad regulatoria a través del derecho comunitario; la noción de ‘servicio de interés general’, por su parte, debería dejarse a una especificación preponderantemente local, que incorpore, por un lado, los ‘mínimos’ garantidos garantidos en la regulación del ‘servicio universal’, y por otro, las posibles modificaciones a los mismos o a las formas de organización de los servicios que localmente sean consideradas necesarias.” (MORAS, Juan Martín Gonzáles. Op. cit., p. 185).

³⁷⁰ COM (2001) 598, final, p. 24.

representa o conceito de serviço público de nenhum dos estados integrantes da UE, o que indica que “o legislador europeu fez uma opção que buscou transferir à idéia de serviço público neutralidade ideológica, ao menos em tese.”³⁷¹ Conforme a autora, essa categoria abrange normalmente os serviços em rede, tais como transporte, energia, gás, telecomunicações, correios e transportes ferroviário e aéreo³⁷².

O conceito de serviço universal também guarda algum traço de semelhança com a noção de serviço público³⁷³ porque é um mecanismo capaz de assegurar “prestações essenciais, ou mínimas, de qualidade e de preço acessível.”³⁷⁴ Porém, seu alcance é restrito porque são poucas as atividades que estarão sob sua égide. Por isso, Dinorah Adelaide Musetti GROTTI assevera que se pretende, com a troca da expressão *público* por *universal*, no cenário da União Européia, evitar a *responsabilidade* sobre o desenvolvimento do serviço, que passa do poder político para o mercado³⁷⁵. Para MORENILLA o conceito de serviço universal mantém a tradicional configuração de serviço público, excluindo-se, contudo, o papel tradicionalmente atribuído à Administração Pública no exercício e titularidade de tais atividades³⁷⁶. A grande alteração se dá, então, no âmbito da exclusividade para titularizar tais serviços, a qual, até então e partindo da perspectiva clássica, era do Estado³⁷⁷.

³⁷¹ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 177.

³⁷² Idem, p. 184.

³⁷³ Traço distintivo de tal noção, em relação ao serviço público é que no serviço universal, o atendimento da coletividade se dá na dimensão do usuário e não da coletividade JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 198.

³⁷⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 193.

³⁷⁵ MORENILLA, Souvirón. Op. cit., p. 610.

³⁷⁶ Op. cit., p. 613.

³⁷⁷ Ver, nesse sentido, Alexandre dos Santos de ARAGÃO, **Direito...**, p. 110.

O critério admitido para delimitar as atividades que estarão compreendidas pelas noções de serviço universal e de serviço de interesse geral privilegia o elemento material. O que se relativiza, nesse contexto, como já assinalado, são os elementos subjetivo e formal, desvinculando-se a sua titularidade do poder público e admitindo-se a sua prestação num regime informado, também, por regras de direito privado. Tal perspectiva está consolidada com a proliferação da noção do serviço de interesse econômico geral, em relação ao qual “interessa que o serviço seja fornecido aos cidadãos, independentemente de quem o preste: setor público ou privado, desde que respeitadas as regras gerais do Tratado da Comunidade.”³⁷⁸

Como se observa, as noções que despontam no Direito Europeu para categorizar as atividades tradicionalmente entendidas pelo instituto do serviço público, merecem apreciação crítica porque ao se atribuir a responsabilidade dessas atividades à iniciativa privada, descarta-se a garantia daquele regime específico que aqui se defende, legando a um segundo plano a preocupação com o atendimento concreto das demandas de todos os cidadãos.

Em sentido contrário Paulo OTERO afirma que a garantia decorrente dos princípios que informavam o clássico serviço público será assegurada pela regulação estatal. Assim, sustenta que, em um contexto no qual a gestão de tais serviços será da iniciativa privada

sabendo-se que estas se encontram motivadas por uma dinâmica lucrativa, obedecendo a natureza a uma pura lógica de mercado, a necessidade de se garantir aos cidadãos a prestação de tais serviços essenciais, segundo princípios de regularidade, continuidade, universalidade, qualidade e acessibilidade econômica, impõe que exista uma regulação pública.³⁷⁹

Quanto a tal aspecto, relembre-se que, conforme sustentou-se no Primeiro Capítulo, não se critica a quebra da exclusividade na prestação de tais atividades. Como antes referido, sabe-se que ontologicamente tais serviços são

³⁷⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 218.

³⁷⁹ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 302.

atividades econômicas e, por isso, poderão ser exploradas e também titularizadas pela iniciativa privada. Nesse aspecto, as prescrições que atualmente informam o Direito Comunitário seriam válidas se mantivessem a garantia de atuação do Estado, quando necessário.

Não se pode olvidar que, por decisão política, tais atividades foram atribuídas ao poder público, como deveres ligados à concretização de direitos fundamentais. Por isso mesmo é que se afirmou que, ainda que seja possível que os particulares desempenhem tais atividades, mesmo sem a delegação do poder público, tal situação não desobriga o Estado da obrigação de prestar tais serviços.

Não é esse o entendimento que se depreende dos Tratados Europeus. Com efeito, as noções contemporâneas em torno do instituto do serviço público, invertem o foco. Enquanto na vigência da noção tradicional de serviço público os particulares só poderiam atuar quando houvesse delegação do poder público³⁸⁰ agora é o Estado que só pode atuar sob circunstâncias específicas. A atuação pública passa a ser exceção, subsidiária à iniciativa privada, a qual só será afastada quando não for capaz de promover a interdependência social.³⁸¹³⁸²³⁸³ Esse foi o

³⁸⁰ Como ressalta Alejandro Vergara BLANCO, “bajo la concepción regaliana y hasta la penúltima década del siglo XX, se creía y establecía que era función primigenia del Estado prestar los servicios públicos; y solo secundaria y derivativamente se les permitía a los particulares realizar tales prestaciones, ya sea a través de contratos administrativos, delegación o concesión.” (BLANCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. In: CASSAGNE, Juan Carlos. (org). Servicio público y policía. Buenos Aires: Universitas, 2006, pp. 41-62, p. 41).

³⁸¹ Tanto é assim que Alexandre dos Santos de ARAGÃO afirma que “o Estado pode continuar prestando o serviço, diretamente ou através de suas empresas, mas em concorrência com todas as demais empresas européias que atendam aos requisitos mínimos para poder operar naquele setor, doravante um mercado...Não possui normas contra a atuação direta do Estado, desde que ela não impeça a concomitante prestação por outros agentes econômicos. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito...**, p. 110). Monica Spezia JUSTEN ressalta, contudo, que cabe à empresa interessada no afastamento do regime concorrencial, na prestação do serviço de interesse econômico geral, “provar a sua condição, o que indica haver inversão do ônus da prova.” (JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 185).

³⁸² Nesse sentido, KOVAR, Robert. **Droit communautaire**, no. 33, p. 513, citado por JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 199.

³⁸³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito...**, p. 110. Para o autor, na esteira do pensamento de Hubert-Gérald HUBRECHT, tem-se uma reaplicação das idéias de DUGUIT, “demonstrando assim que as novas nomenclaturas européias podem não estar tão distantes assim do espírito da noção francesa de serviço público, e que, muito pelo contrário, podem estar imensamente afinadas pelas mesmas preocupações e objetivos, mas em uma conjuntura diversa.”

entendimento adotado no caso Corbeau e no caso Commune d'Almelo, nos quais, excepcionalmente, admitiu-se a exclusividade na prestação dos serviços públicos postais e de energia elétrica, em 1993 e 1994³⁸⁴.

As noções citadas do Direito Comunitário Europeu traduzem os propósitos defendidos nas Reformas da década de 1990. Demonstram que as alternativas de resistência ao neoliberalismo, ao menos no contexto da CE, não representam “uma volta ao passado, ao dirigismo econômico pelo Estado absoluto ou exacerbadamente intervencionista. Também não será uma sociedade centrada no domínio econômico e gerida pelas leis do mercado. O novo modelo será menos paternalista, menos protecionista e mais eficiente e participativo”³⁸⁵, devolvendo-se à sociedade a prestação de determinadas atividades sob a justificativa de que foram indevidamente expropriadas da iniciativa privada.

Já no Brasil há quem defenda a inutilidade do velho conceito de serviço público. Sustenta-se, nessa linha, que a noção tradicional não oferece condições de se manter diante de sua vinculação a um modelo econômico já superado. Ademais, afirma-se a impossibilidade de se defender um entendimento geral sobre o instituto diante das especificidades técnicas que cada um dos serviços públicos em concreto oferece. Nesta linha situa-se, por exemplo, Carlos Ari SUNDFELD, para quem “não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual.”³⁸⁶

Em face do posicionamento já defendido no Primeiro Capítulo, não há como se admitir a tese esposada pelo professor paulista. Defende-se que não só é necessária uma noção de serviço público diretamente vinculada aos cânones da

³⁸⁴ Uma análise aprofundada de tais casos, na doutrina nacional, é feita por JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., p. 200-208. Para Frank MODERNE, contudo, em tais casos o Tribunal de Luxemburgo teria reconhecido a existência de um serviço de interesse econômico geral, tratando do serviço de correios e distribuição de energia. (MODERNE, Frank. Op. cit., p. 19).

³⁸⁵ BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 24ª. ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 110.

³⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 17-38, p. 33.

Constituição Federal, como também é preciso identificar um catálogo comum de princípios, ainda que se admita a aplicação de regras técnicas específicas de acordo com as particularidades de cada serviço. Entende-se, assim, que esse é o modelo que permitirá ao serviço público se concretizar como mecanismo de garantia de direitos fundamentais.

2.2 SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A discussão, em âmbito mundial, sobre os novos papéis atribuídos ao Estado e às estruturas administrativas, em pauta desde meados da década de 80, assim como as mudanças ocorridas nos cenários político e econômico brasileiro, desembocaram na produção de uma doutrina nacional ora vinculada aos valores da Constituição de 88, recém promulgada, ora ligada às pretensas novidades de algumas das Emendas, editadas, principalmente, a partir do início dos 90.

É inegável que a Constituição Federal de 1988, ao explicitar um regime jurídico administrativo ao qual devem se submeter todas as entidades da Administração Pública brasileira, incluindo autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas, atendeu ao reclamo da doutrina administrativista que, desde há muito, vinha se pronunciando pela necessidade de democratização da máquina pública³⁸⁷.

Nesta seara, ainda que alguns critiquem o que chamam de “retrocesso burocrático”³⁸⁸, é certo que a Carta de 88 trouxe mecanismos que permitiram assegurar, no plano da estrutura e funções administrativas, a emergência de uma sociedade democrática, pautada na necessária concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

³⁸⁷ FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. RDA 165, p. 17-18, jul.set/1986.

³⁸⁸ Citar PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit....

Destarte, tem-se a consagração de um regime de prerrogativas e sujeições para a Administração Pública comprometido com os valores do Estado Social e Democrático de Direito.

E nesta esteira, o art. 37, da Carta Magna estabeleceu como vetores da Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Mais tarde, com a EC 19/98, seria acrescentado, ainda, o princípio da eficiência.

De tais princípios expressos no citado artigo decorrem, como se sabe, vários outros que traduzem um projeto democrático de Administração Pública. Cite-se, assim, os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, como decorrência direta do princípio da legalidade³⁸⁹. Ou, ainda, a garantia do devido processo legal administrativo e a consagração dos princípios implícitos da boa-fé e da segurança jurídica. Ressalta de importância, ademais, o princípio da participação popular na Administração Pública³⁹⁰, previsto, por exemplo, no art. 37, § 3º, da CF/88.

O Constituinte de 88, contudo, não se limitou à prescrição de um conjunto de princípios delimitadores da atuação administrativa. Foi além, estabelecendo uma plêiade de regras que permitem a concretização da miríade de valores plasmados no texto constitucional. Assim, a padronização da exigência de concurso público para o preenchimento de cargos e empregos públicos, o regime austero quanto à remuneração dos agentes, o novo tratamento da improbidade administrativa, a regulamentação da matéria de licitações e a exigência de processo administrativo disciplinar com as garantias do devido processo legal são algumas dentre tantas outras hipóteses que poderiam ser aqui citadas.

Com base nesse arcabouço jurídico, e nas legislações que o sucederam, a doutrina administrativista pátria, em sua grande maioria, realizando a chamada *filtragem constitucional*³⁹¹, procurou reconstruir o Direito Administrativo “permeado

³⁸⁹ Ver, sobre o tema, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p.325 e FREITAS, Juarez. **O controle...**, p. 126.

³⁹⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Participação...**, p. 58.

³⁹¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 25. Para esse autor “(...) o fenômeno tomado como objeto de estudo refere-se a que, *diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e jurisdição constitucional*, Tal processo de *filtragem constitucional*, decorrente da força normativa da Constituição, inaugura certamente, no âmbito infraconstitucional, um momento de releitura do Direito (...)”

pela busca de uma normatividade integral da Constituição, em todas as suas dimensões, a partir dos dados encerrados no seu próprio texto, na sua própria história.”³⁹²

Todavia, com o avanço da globalização e do neoliberalismo e a adoção, no Brasil, de um pensamento voltado ao paradigma gerencial, assistiu-se um momento de edição de diversas Emendas Constitucionais, como antes já se fez referência. Tais Emendas buscavam, de forma evidente, rever os valores inspiradores do constituinte originário no campo da Administração Pública.

A partir daí, em meados da década de 90, foi possível identificar uma ruptura no pensamento publicista nacional. De um lado, aqueles que permaneceram defendendo a necessidade de se implantar, na esfera administrativa, o modelo trazido originariamente pela CF/88, voltado aos moldes burocráticos, mas permeado por mecanismos de participação popular e, de outro, os que, adeptos da Reforma Administrativa, pretendiam a adoção irrestrita de institutos que traduzissem a nova mentalidade gerencial. No meio destes mais radicais, era possível identificar, ainda, um extenso número de autores que pautaram suas obras na releitura dos antigos institutos do Direito Administrativo, procurando uma unidade nas normas constitucionais, mesmo diante da convivência de instrumentos de gestão informados por modelos diferentes, burocrático e gerencial.

Nesse quadro, já no início da presente década, há autores que vêm alegando um *déficit* teórico no Direito Administrativo que, em princípio, para tais autores, a construção teórica deste ramo do Direito, nos moldes tradicionais, não dá conta das transformações pelas quais o Estado passou no último século. Para eles, deste modo, “o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa.”³⁹³ Sustentam, deste modo, que as reais necessidades e desejos da sociedade contemporânea não podem ser atendidos satisfatoriamente por uma doutrina defasada há mais de um século e em cuja base residem os fundamentos de uma administração pública autoritária³⁹⁴.

³⁹² Ibidem, p. 97.

³⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, 2005, p. 13.

³⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23. Por certo, o autor não foi o

Gustavo BINENBOJM propõe, então, uma mudança paradigmática, que implique em fazer ruir o arcabouço dogmático deste velho ramo do direito, atuando em quatro vetores: (i) deslocar o eixo da vinculação administrativa à juridicidade em relação à Constituição e não mais à lei; (ii) vincular juridicamente o conceito de interesse público a um juízo de ponderação; (iii) estabelecer balizas principiológicas para a discricionariedade, falando-se em graus de vinculação à juridicidade (iv) admitir um espaço próprio para autoridades independentes, de modo a limitar o exercício do poder pelo Chefe do Executivo³⁹⁵.

Em face dos limites e do objeto do presente trabalho, não se enfrentará, nesta oportunidade, a discussão sobre a extensão da validade ou legitimidade das teses sustentadas por esse modelo de pensamento³⁹⁶. Não se pode deixar de referir, contudo, que é possível identificar uma relevante produção teórica no cenário nacional, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que enfrenta as questões propostas na obra citada, inclusive como reconhece o autor. Deste modo, quanto à adoção da Constituição como fonte de legitimidade da atuação administrativa, verifique-se, por exemplo, o pensamento de Carmen Lúcia Antunes ROCHA e Romeu Felipe BACELLAR FILHO³⁹⁷. Quanto ao controle do ato discricionário e sua vinculação aos princípios constitucionais, pode-se citar a obra de Juarez FREITAS, exemplificativamente³⁹⁸. Já em relação ao conceito de interesse público, veja-se, no Brasil, o clássico texto de Marçal JUSTEN FILHO que, no final da década de 90, já impunha uma necessária personalização do Direito Administrativo através da releitura da noção³⁹⁹. De igual forma, sobre este tema, o

primeiro a sustentar que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 mantém-se um direito administrativo autoritário. Veja-se, por exemplo, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 29.

³⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 25-26.

³⁹⁶ Para tanto, veja-se, por exemplo, a tese de doutoramento de Emerson GABARDO (GABARDO, Emerson. **O jardim...**).

³⁹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 129.

³⁹⁸ FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. In: **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126-146.

³⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, p. 115-136, 1999.

trabalho de Humberto Bergmann ÁVILA⁴⁰⁰. Finalmente, quanto à admissão de um espaço próprio para as autoridades independentes, os autores que na década de 1990 debruçaram-se sobre o tema das agências o fizeram, quase que à unanimidade, para reforçar a necessidade de sua atuação com a maior autonomia possível em relação ao Chefe do Executivo⁴⁰¹. Tudo isso para não mencionar que, já Seabra FAGUNDES impunha a necessidade de se vincular a prática do Direito Administrativo às disposições constitucionais, observando-se os direitos fundamentais.

Entende-se, em verdade, que desde o advento da Constituição Federal de 1988 é possível vislumbrar, no Brasil, o advento de uma doutrina jurídica vinculada ao ideal de construção de um Estado Social e Democrático de Direito, admitindo o direito como um espaço de luta e um como instrumento de emancipação⁴⁰².

Com isso, deu-se a superação tanto do discurso legalista de matriz positivista quanto daquele irracionalista, atribuindo-se ao Direito a função de intervir na realidade para construí-la de acordo com um específico ideal de justiça, fundado na dignidade da pessoa humana. Destarte, construiu-se “um novo discurso jurídico, alternativo e emancipatório.”, o que “exigia uma releitura da epistemologia e do papel dos operadores jurídicos (...) Neste novo contexto, há espaço para a utopia, o sonho e a esperança, eis que a perplexidade frente a um mundo cada vez mais complexo desafia a capacidade criadora dos homens.”⁴⁰³

É a linha sustentada pela chamada *dogmática constitucional emancipatória*, que “procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva”⁴⁰⁴ que seja capaz de contribuir “para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.”⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: O direito público em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁴⁰¹ Ver, por todos, MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**

⁴⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito...**, p. 46-49.

⁴⁰³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem...**, p. 39-41.

⁴⁰⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 18.

⁴⁰⁵ Idem.

De qualquer modo, a originalidade das teses sustentadas por BINEJBOJM reside em identificar a necessidade de superação de um certo modelo de Direito Administrativo, fornecendo bases teóricas para a reconstrução de seus institutos, a partir de uma nova sistemática, pautando-se na idéia de constitucionalização do direito administrativo, onde “a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias jurídicas.”⁴⁰⁶

Admite-se, assim, que

a premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, a *fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística de sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.⁴⁰⁷

Esse é o pressuposto que norteia a presente tese e que determina, então, a releitura do instituto do serviço público, atribuindo ao seu regime jurídico o *status* de garantia constitucional, protegido pela proibição de retrocesso social. O objetivo, com isso, é elencar subsídios teóricos para que tal instituto possa ser tomado como mecanismo que permite assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, leitura esta fundada no arcabouço teórico de uma específica compreensão da Carta Constitucional⁴⁰⁸.

Como se vê, trata-se de uma opção dentro do Direito⁴⁰⁹, vinculada a uma adequada teoria constitucional, que possibilita a leitura dos direitos previstos na

⁴⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 26.

⁴⁰⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios...**, p. 61-64.

⁴⁰⁸ É de J.J. Gomes CANOTILHO a expressão “teoria da constituição constitucionalmente adequada.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 154).

⁴⁰⁹ Veja-se que aqui se abre um catálogo de opções na pesquisa. Com efeito, a abordagem dos mecanismos de inclusão, tomados como institutos capazes de assegurar uma vida digna e feliz aos cidadãos, poderia ser feita sob múltiplos aspectos. Desde a filosofia, com as preocupações inerentes à teoria da justiça, passando pela Ciência Política, pela Sociologia e até mesmo pela Psicanálise. Contudo, preferiu-se, na presente, a análise pelo viés do direito constitucional, especialmente vinculado a um modelo de Estado Social Democrático de Direito. Tal opção só é possível, no entanto, em face das prescrições da Constituição Federal de 1988, as quais, ainda que com as alterações advindas de um contexto informado por traços neoliberais, mantém um núcleo que permite uma leitura democrática do instituto do serviço público, especialmente dirigida à promoção da dignidade da pessoa humana. Esta parece ser uma tradução possível do encontro da felicidade no campo do Direito.

Carta Magna como instrumentos de inclusão social, considerando-se que “el derecho no solamente puede servir como motor del cambio social, sino que de no hacerlo estáia perpetuando el *statu quo* y negando con ello el sentido mismo de la igualdad tal como há sido entendido por lo menos desde Aristóteles”⁴¹⁰.

Tem-se assim que a Constituição Federal de 1988, na esteira das Constituições Dirigentes⁴¹¹, estabelece um programa a ser seguido pelos governos, vinculada a uma concepção de Estado Democrático de Direito⁴¹², que tem por fim primeiro e último, a concretização da dignidade da pessoa humana⁴¹³.

A discussão sobre a teoria da constituição dirigente tem sentido, no presente trabalho, porque esse é um modelo de constitucionalismo que, ao vincular democracia e igualdade, impõe aos intérpretes da Constituição o oferecimento de condições materiais para que todos os indivíduos de uma dada sociedade tenham acesso ao mínimo vital, voltado à concretização da dignidade da pessoa humana⁴¹⁴. Ou seja, este modelo é, quiçá, no contexto de uma dogmática constitucional da

⁴¹⁰ CARBONELL, Miguel. La interpretación constitucional como problema. Prólogo. In: GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 15.

⁴¹¹ Segundo Klaus STERN, “la Constitución en cuanto instrumento que dirige globalmente las fuerzas políticas y sociales merece asentimiento.” (STERN, Klaus. Op. cit., p. 234). “Na seara nacional, cite-se, por todos, Clèmerson Merlin CLÈVE, que explica a constituição dirigente como aquela que “estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos. (...) a Constituição representa também uma proposta para o futuro. E por isso é dirigente. Apresenta uma direção vinculante para a sociedade e para o Estado.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito... p. 47).

⁴¹² Não é o caso, na presente, de definir o conceito de Estado. De qualquer maneira, parte-se do acordo semântico de que o Estado é, na definição de J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, comentando o art. 2º, da Constituição da República Portuguesa, o ente que traduz a concepção de sociedade enquanto coletividade politicamente organizada, abrangente de vontade popular, soberania popular, dignidade da pessoa humana, direitos e liberdades fundamentais, sociedade justa e solidária e democracia econômica e social. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1, p. 203).

⁴¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; et alii. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴¹⁴ Segundo Hans Peter SCHNEIDER, tais objetivos levam à “realización de uma humanida real em la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorealización y emancipación humanas, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática.” (SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 49).

efetividade⁴¹⁵, o que melhor permite a busca por mecanismos dogmáticos e processuais capazes de efetivar o caráter emancipatório da Lei Fundamental⁴¹⁶.

No que importa à presente tese, o traço mais relevante do constitucionalismo dirigente é o reconhecimento de um amplo rol de direitos sociais, amparados por um conjunto de garantias fundamentais, tomados como conquistas da civilização.

Destarte, em face da CF/88, interpretada de acordo com os cânones da teoria da constituição dirigente, tem-se que os atos do poder público, somente serão legítimos se traduzirem a vinculação com um projeto social inclusivo e igualitário⁴¹⁷, seja na esfera do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

É esse o viés que permite, de acordo com os pressupostos adotados na tese, a resistência ao projeto “neoliberal” de desmonte do Estado. Com efeito, considerar o direito ao serviço público – e o seu regime jurídico - como garantia fundamental, diretamente vinculada à concretização do acesso aos direitos sociais, trata-se de verdadeira manobra de “resistência progressista”⁴¹⁸.

É bem verdade que a teoria da constituição dirigente vem sendo revista inclusive por um dos seus precursores, J. J. Gomes CANOTILHO, como se pode constatar no texto *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*, no qual o autor afirma

...subjacente ao programa constitucional está toda uma filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas (...) A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de

⁴¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; et alii (Orgs.). **Teoria da constituição**. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 13. Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE, “em face da Constituição de 1988, o direito constitucional alternativo pode constituir uma dogmática de efetividade.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: **Uma vida dedicada ao direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho.

⁴¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 14. Ou seja, a partir desse aporte teórico, pode-se compreender a Constituição de 1988, consoante Clèmerson Merlin CLÈVE, como uma Carta compromissória, democrática e dirigente, através da qual é possível a construção de uma sociedade comprometida com os valores de todas as classes envolvidas no processo de sua elaboração.

⁴¹⁷ Nesta linha, “Serão legítimos os atos que, além de respeitarem as normas procedimentais, consistirem também na concretização de determinado conteúdo. No caso, trata-se do conteúdo correspondente a um projeto social materialmente igualitário, conformado, em seus aspectos gerais, no Texto Constitucional.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 19).

⁴¹⁸ Ibidem, p. 15.

produção se misturava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo – só vieram a reconhecer isto tarde e lentamente demais...⁴¹⁹

Cabe, assim, uma breve referência à teoria constitucional democrático-deliberativa, que aprecia a relação entre democracia e constituição a partir de uma tensão entre a dimensão democrática - tomada como o ideal do processo político participativo, no qual todos os afetados têm igual direito de expressar suas opiniões para informar os processos decisórios -, e libertária - que trata da limitação do governo e da proteção dos interesses individuais⁴²⁰.

Para aqueles que se filiam a tal corrente teórica, a complexidade da sociedade atual impede que sejam fixados consensos em torno de um projeto para o futuro, no que se refere aos fins que deverão ser implementados pelo Estado⁴²¹.

Assim, a concepção da democracia deliberativa procura encontrar seu fundamento de legitimidade não em um acordo axiológico firmado no pacto constituinte, mas em condições procedimentais que permitam, através do “caráter dialógico do processo formador da vontade política”, resultar “a validade dos conteúdos normativos”. Tudo isso, desde que respeitadas certas condições procedimentais do discurso⁴²².

Segundo NINO, o alcance da teoria da democracia deliberativa na consolidação de uma sociedade voltada à justiça social só é possível se presentes certos requisitos, tais como: (i) a participação de todas as partes interessadas na discussão e da decisão; (ii) um razoável nível de igualdade entre os participantes, sem nenhuma coerção; (iii) a possibilidade de todos se expressarem e justificarem seus interesses com argumentos genuínos; (iv) o grupo deve ter a dimensão necessária para maximizar a probabilidade de um resultado correto; (v) a ausência

⁴¹⁹

⁴¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, n. 15, abr./jun. 1996, p. 9. A matéria foi intensamente debatida no Brasil e objeto de obra específica: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴²⁰ NINO, Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Edisa, 1997, p. 189.

⁴²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op.cit., p. 29.

⁴²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 35.

de uma minoria isolada e, ainda, (vi) que os indivíduos não poderão estar sujeitos a emoções extraordinárias⁴²³.

NINO aponta, ademais, que devem participar do processo deliberativo todos os cidadãos, assim considerados todos aqueles cujos interesses estejam em jogo em um conflito ou, ainda, que possam ser afetados pela solução adotada. Destarte, o autor não olvida que o problema da inclusão está relacionado com a “capacidade de ser cidadão”, ou seja, em ter aptidão de identificar seu interesse, colocá-lo em discussão e justificá-lo frente aos outros⁴²⁴.

Para a abordagem da presente tese, como antes assinalado, importa referir, ainda, no âmbito de análise da constituição da democracia deliberativa, o tratamento e a importância conferida aos direitos sociais.

Ocorre que, nesse particular, ainda que a efetividade de tais direitos não seja tomada como fonte de legitimidade dos atos do poder público, como na teoria da constituição dirigente, é certo que desempenham papel fundamental, pois são admitidos como condições procedimentais da democracia, conforme digressão de Jürgen HABERMAS⁴²⁵.

Por isso - para a reflexão que pretende sustentar o direito ao serviço público adequado, prestado sob um determinado regime, como garantia fundamental - a discussão entre a teoria da constituição dirigente e da constituição deliberativa não traz grande repercussão, já que, em ambas as correntes há o reconhecimento dos

⁴²³ NINO, Santiago. Op. cit., p. 180. A idéia pode ser pensada a partir de ROUSSEAU: “Tomando o termo em sua acepção rigorosa, jamais existe verdadeira democracia e jamais existirá. É contra a ordem natural que o grande número governe e o pequeno seja governado. Não se pode imaginar que o povo permaneça em assembléia permanente para se ocupar dos negócios públicos e vê-se facilmente que ele não saberia instituir comissões para tanto, sem que a forma da administração mudasse. Com efeito, acredito poder colocar em princípio que, quando as funções do governo são divididas em vários tribunais, os menos numerosos adquirem cedo ou tarde a maior autoridade, quanto mais não fosse pela facilidade de despachar as questões que, naturalmente, a tanto os leva. Aliás, quantas coisas difíceis de reunir não supõe esse governo! Primeiramente um Estado muito pequeno, onde o povo possa ser reunido facilmente e onde cada cidadão possa conhecer os outros facilmente, em segundo lugar, uma grande simplicidade de costumes que evite a acumulação de questões e as discussões espinhosas; ainda, muita igualdade nas posições e nas fortunas, sem o que a igualdade não poderia subsistir durante muito tempo nos direitos e na autoridade, finalmente, nenhum ou pouco luxo, pois o luxo é efeito das riquezas ou as torna necessárias, corrompe, ao mesmo tempo, o rico e o pobre, um pela posse, o outro pela cobiça: vende a pátria à lassidão, à vaidade, subtrai do Estado todos os cidadãos para subjulgá-los uns aos outros, e todos à opinião.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 76-77).

⁴²⁴ NINO, Santiago. Op. cit., p. 183.

⁴²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 159-160.

direitos sociais como condições inerentes à democracia e, porque não dizer, à inclusão.

Tal recorte só é possível, contudo, porque não se pretende, no presente trabalho, apreciar as questões referentes aos limites da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. Neste tema, sim, são sensíveis as diferenças entre os autores adeptos da teoria da constituição dirigente, que atribuem um papel ativista ao Poder Judiciário e, por outro lado, os que defendem os postulados da democracia deliberativa, que limitam a atuação do Poder Judiciário como guardião da democracia deliberativa⁴²⁶.

Assim, tem-se que “ao contrário do que ocorre no âmbito da teoria da constituição dirigente, a tarefa do judiciário não será a de fiscalizar a implementação efetiva do programa constitucional, mas a de controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais.”⁴²⁷ Deste modo, para a democracia deliberativa, “ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, em que se situa o consenso procedimental.”⁴²⁸

Assim, caso fosse dada ênfase na efetividade dos direitos sociais, seria de especial importância a discussão sobre o papel ativista do Poder Judiciário e a dimensão contramajoritária dos direitos fundamentais⁴²⁹.

De qualquer modo, pontuar tais questões, ainda que em linhas gerais, importa ao presente trabalho na medida em que através delas se permite situar a Constituição Brasileira de 1988 como vetor interpretativo que impõe, ao Estado Brasileiro, a fórmula de Estado Social Democrático de Direito.

⁴²⁶ Ibidem, p. 297.

⁴²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 38.

⁴²⁸ Ibidem, p. 42. O autor, contudo, entende possível fundamentar a partir da tória constitucional democrático-deliberativa as orientações recentes do Supremo Tribunal Federal, no que tange à saúde, na medida em que, diante da inércia dos outros poderes, asseguram a máxima efetividade à Constituição, mesmo diante de um direito social prestacional. Ou seja, para o autor, mesmo sob a égide da democracia-deliberativa, seria possível reconhecer ao Judiciário a legitimidade para concretizar os direitos sociais, ainda que em decisões contra majoritárias, sem embargo de defender que é necessário instaurar “um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais da minoria” (Ibidem, p. 42, 57-58, 62).

⁴²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

Para J. J. Gomes CANOTILHO, este modelo é materialmente caracterizado, vinculado aos princípios jurídicos fundamentais, ou mesmo a valores que determinam a criação de uma ordem jurídica materialmente justa⁴³⁰. Configura-se, então, como princípio constitutivo da juridicidade estadual democrática e social⁴³¹. Com efeito, para ele, tal representação conforma as estruturas do poder político e a organização da sociedade de acordo com o ordenamento jurídico, através das formas e procedimentos normativamente previstos como meio de ordenação racional, umbilicalmente ligado à ideia de justiça⁴³².

Em conjunto com Vital MOREIRA, o autor português esclarece que a fórmula do Estado Social Democrático de Direito alberga reciprocamente o conteúdo de três princípios estruturantes – princípio do Estado de Direito, princípio do Estado Social e princípio democrático – todos assentados em uma base antropológica comum, que toma o homem como pessoa, cidadão e trabalhador⁴³³.

Tem-se, com isso, não só

o reconhecimento da dignidade humana e da autonomia individual perante o Estado (dimensão do Estado de direito), mas também para a inserção do homem livre num processo democraticamente comunicativo (princípio democrático) e para a garantia existencial do indivíduo nos planos económico, social e cultural (princípios do Estado social).⁴³⁴

Pode-se dizer, nessa medida, que o Estado Social Democrático de Direito é o modelo político que mais se aproxima de um ideal de sociedade politicamente

⁴³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos...**, p. 393.

⁴³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito...**, p. 373. Ainda no mesmo sentido, Konrad HESSE afirma que “na fórmula do ‘estado de direito social’, o estado de direito, no sentido pleno, converte-se em estado de direito material.” (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 167) e Klaus STERN “En el siglo XX este esquema básico liberal-de estado de derecho democrático de la Constitución se amplió con la **dimensión social estatal**... y la Constitución se convirtió con ello em um orden fundamental material.” (STERN, Klaus. Op. cit., p. 238).

⁴³² CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito...**, p. 353. No mesmo sentido, Jorge Reis NOVAIS afirma que “O Estado Social e Democrático de Direito apresenta-se, assim, impregnado de uma intenção material que se revela fundamentalmente na natureza dos valores que prossegue na dimensão social da sua actividade, mas não menos no carácter meta-positivo dos princípios que o limitam. (...) é a protecção dos direitos fundamentais que justifica o objectivo de limitação do Estado.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo**, p. 226).

⁴³³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos...**, p. 373-374.

⁴³⁴ Idem.

organizada⁴³⁵, que tenha por objetivo permitir aos cidadãos o seu pleno desenvolvimento. Isto porque, por um lado está calcado em mecanismos de decisão fundados em procedimentos democráticos, assegurando, aos indivíduos, condições dialógicas de participação na tomada de decisões (princípio do Estado democrático). Por outro lado, as decisões tomadas só serão legítimas se permitirem a todos o efetivo desfrute de direitos voltados à concretização da vida digna, inclusive com a intervenção direta do poder público na esfera econômica, sob o crivo da proporcionalidade (princípio do Estado Social). E, de maneira a garantir que tal intervenção seja feita em respeito à esfera da autonomia privada, interpretada a partir de uma devida compreensão do alcance dos direitos fundamentais, garante-se uma plêiade de instrumentos de controle da gestão pública⁴³⁶.

Deste modo, conjugado com o princípio do Estado Social, o princípio democrático atua como vetor de interpretação especialmente voltado a estabelecer condições de igualdade material entre os cidadãos. Não por outro motivo, J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA asseveram que “as bases do Estado de direito democrático são o pluralismo político e os direitos fundamentais”⁴³⁷ cabendo ao Estado não apenas “respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garantir a sua efetivação.”⁴³⁸ Tal configuração, desta maneira, “exige a democracia,

⁴³⁵ Ainda que se tenha ciência das limitações e dificuldades na concretização de tal modelo de Estado. Nesse sentido, a advertência de Klaus STERN “Si se planteaba la cuestión de cuantos Estados de esta Tierra pueden ser definidos como Estados Constitucionales, como Estados de Derecho en el sentido auténtico del término, su número representaría una fracción extraordinariamente reducida de los 150 miembros de la ONU.” (STERN, Klaus. Op. cit., p. 235).

⁴³⁶ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, neste aspecto, elencam algumas consequências jurídicas advindas da adoção do referencial Estado Social e Democrático de Direito: “(1) como princípio de proibição de uma política (ou de políticas) declaradamente antisocial; (2) como princípio de ordenação das tarefas e prioridades...do Estado relativamente à realização de justiça social, da compensação das desigualdades e da garantia das condições sociais de existência (subsídio de desemprego, rendimento mínimo, apoios sociais aos mais carenciados); (3) como princípio de protecção da confiança em relação a certos níveis de realização dos direitos sociais (e que é, por exemplo, relevante quanto a políticas de realização de pensões e remunerações)...” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP**..., p. 211).

⁴³⁷ Ibidem, p. 207.

⁴³⁸ Ibidem, p. 208. Os autores, ainda, continuam: “Na medida em que a democracia participativa e a democracia econômica e social representam a realização da democracia em todas as suas vertentes – ou seja, na medida em que contribuem, na concepção constitucional, para a *democracia plena* -, então o Estado do direito democrático estará tanto mais completo quanto mais se aproximar do seu objectivo, isto é, quanto mais se for transformando em *Estado de direito democrático e social*.” (ibidem, p. 210).

como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas.”⁴³⁹

Desde logo, entretanto, é possível reconhecer que a relação entre direitos fundamentais, notadamente os de cunho social, e democracia, constitui-se como uma relação de tensão permanente, como pondera ALEXY⁴⁴⁰. Esta tensão só pode ser corrigida, segundo o autor, através de uma representação argumentativa dos cidadãos, que permita chegar-se a soluções dialogicamente acertadas⁴⁴¹.

De qualquer forma, é certo que “La democracia, por consiguiente, presupone los derechos fundamentales de la misma forma que, al contrario, los derechos fundamentales sólo pueden adquirir su plena efectividad em condiciones democráticas.”⁴⁴² Afinal, “sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia.”⁴⁴³

Sob esse prisma, a democracia⁴⁴⁴ é consagrada na Carta Constitucional como princípio⁴⁴⁵, a partir de uma noção marcada pela necessidade de participação

⁴³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 19.

⁴⁴⁰ “Hay que plantearse, pues, qué es aquello que ciudadanos racionales com concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa...” ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el estado constitucional democratico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 41.

⁴⁴¹ Idem.

⁴⁴² SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 19.

⁴⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 20. É este o carácter procedimento do direito fundamental, na preleção de ALEXY, que aimra que “mediante la garantía de las libertades políticas los derechos fundamentales aseguran, por una parte, las condiciones de funcionamiento del proceso democrático. Pero, por otra parte, también limitan el proceso democrático, al proclamarse como derechos vinculantes también para el legislador democráticamente legitimado.” (ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 29).

⁴⁴⁴ Em face dos múltiplos enfoques que podem ser dados ao tema da democracia, abordar-se-á, na presente tese, o seu conceito jurídico-constitucional, conforme concretamente cristalizado na CF/88. Essa é a opção metodológica feita, igualmente, por HESSE, Konrad. Op. cit., p. 115. De qualquer maneira, parte-se da concepção de J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, que, sem embargo de tratarem do tema a partir da Constituição Portuguesa, delimitam uma noção perfeitamente aplicável à CF/88 e que estabelece: “o conceito constitucional de democracia é, pois, tudo menos um simples conceito formal, reduzido a um conjunto de regras de escolha (ou confirmação) de dirigentes políticos; é um conceito materialmente alargado quer no sentido de exigir a participação popular no próprio exercício do poder, quer no sentido de não ser alheio ao objecto e fins do exercício do poder.” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição...**, p. 252.

⁴⁴⁵ “O princípio democrático, portanto, pode ser visto como um princípio de organização da titularidade e do exercício do poder. Com efeito, através dele o poder público passa a ser constituído,

do povo desde a escolha dos seus governantes até a gestão dos assuntos de Estado⁴⁴⁶.

Para Friederich MÜLLER, é a determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo a idéia fundamental que norteia uma sociedade democrática⁴⁴⁷.

Funciona como um mecanismo que confere legitimidade às atividades do Estado⁴⁴⁸, que advém do domínio pela vontade da maioria, mas que assegura oportunidade igual aos indivíduos e proteção das minorias, na dicção de Konrad HESSE⁴⁴⁹.

A Constituição Federal de 1988 adota a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, o que se depreende desde o seu art. 1º, no qual resta proclamado que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito e tem como fundamentos: I – soberania; II – cidadania; III – dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

legitimado e controlado pelos cidadãos, que também interferem na definição quanto à forma de Estado e de governo” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação...**, p. 29).

⁴⁴⁶ Refere, neste sentido, Cármen Lúcia Antunes ROCHA que “A Constituição Social é a manifestação, por excelência, da democracia social.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais...**, p. 9).

⁴⁴⁷ Interessante notar, contudo, que o autor não toma povo a partir de um conceito restrito ligado a questões de nacionalidade. Com efeito, afirma que “não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas.” (MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo: A questão fundamental da democracia**. Tradução de: NAUMANN, Peter. Revisão de: BONAVIDES, Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 57-58).

⁴⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**, p. 222. Romeu Felipe BACELLAR FILHO, nesta esteira, afirma que “a legitimidade advém do consenso e, nesta ótica, a participação do povo no exercício do poder é elemento acidental, exurgindo quando, em uma sociedade concreta, vige um consenso de que isto deva existir.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios...**, p. 127).

⁴⁴⁹ Segundo ele, “Fosse democracia, no sentido da Lei Fundamental, nada mais que domínio da maioria, então ela iria conter a possibilidade de uma ditadura da maioria, que se diferencia de uma ditadura da minoria somente pelo número menor de oprimidos... Se em uma coletividade pluralista o processo político deve ser objeto de todo o povo, então trata-se não só da maioria, mas também das minorias.” (HESSE, Konrad. Op. cit., p. 134). Assim, para ao autor, a democracia contemporânea deve partir do pressuposto real da diferença e da divergência de opiniões e de interesses sociais, ou seja, defende uma concepção de democracia fundada na existência do conflito dentro do povo. (Idem).

É inegável, portanto, que o poder constituinte originário elegeu o respeito à pessoa humana, entendida em suas diversas dimensões, como fundamento e fim máximo deste Estado. Definiu, ainda, a estrutura do Estado de Direito e a forma democrática de gestão de poder.

Nesta medida, o Estado Brasileiro existe para promover o desenvolvimento da pessoa humana, mediante a garantia a todos os indivíduos de um núcleo de direitos fundamentais⁴⁵⁰, a partir de uma perspectiva material e, portanto, por vezes, através da ação interventiva do poder público, limitada pelo Direito⁴⁵¹.

Assim, o princípio democrático, consagrado na CF/88, deve estar dirigido “à concretização de um determinado projeto social.”⁴⁵², interpretação que vincula toda a atuação do poder público, inclusive a do Legislativo⁴⁵³.

Nesta dimensão, no que importa ao tema do serviço público, tem-se que a sua regulamentação infraconstitucional, assim como a sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, não pode desconsiderar as diretrizes da CF/88⁴⁵⁴, tendente à justiça social, “entendida em termos de um projeto econômica e socialmente igualitário.”⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ Até porque, como sustenta Konrad HESSE, todos os membros do povo gozam dos mesmos direitos politicamente, por isso, todos devem ter a oportunidade de se realizar conforme as regras da constituição. (HESSE, Konrad. Op. cit., p. 120). É nessa medida que mais importa o posicionamento do autor para a tese: para que todos os cidadãos tenham efetivamente a proteção de todos os direitos, faz-se necessária a prestação do serviço público adequado.

⁴⁵¹ Tais idéias podem ser fundadas, por exemplo, no pensamento de Luigi FERRAJOLI, para quem a democracia, como um poder da maioria é uma faceta do Estado de Direito, na qual o poder da maioria está submetido aos direitos fundamentais e, por isso mesmo, poder este subordinado à Constituição. (FERRAJOLI, Luigi. *Democrazia e costituzione*. In: ZAGREBELSKI, Gustavo; et. alii. **Il futuro della costituzione**. Torino: Giulio Einaudi, 1996, p. 321).

⁴⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 3.

⁴⁵³ A garantia de direitos pela Constituição é algo que, como se sabe, caracteriza o surgimento da idéia de Constituição. Tal tarefa já estava delimitada desde o art. 16, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Assim, é possível dizer que “La Constitución tiene como tarea garantizar y asegurar la libertad y autodeterminación del individuo.” Por isso, deve conter “la posición básica del individuo en el Estado, em especial los derechos subjetivos fundamentales del hombre frente al poder del Estado: los derechos fundamentales de la libertad personal y política.” (STERN, Klaus. Op. cit., p. 237).

⁴⁵⁴ Afinal, “la Constitución debe ser también una expresión de la unificación dentro de um pueblo y tiene que crearla constantemente de nuevo, en el sentido de que las decisiones em ella tomadas son um componente del consenso político de los ciudadanos y no son puestas em duda...” (Ibidem, p. 232).

⁴⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 12.

Portanto, é na esteira não só do princípio democrático, mas também na do princípio do Estado Social que tal concepção se legitima, na medida em que a consagração dos direitos sociais permite que as esperanças da sociedade, na consecução de uma sociedade livre, justa e solidária, se dirijam para o Estado⁴⁵⁶.

É esta a perspectiva que impõe a releitura do serviço público adequado como garantia fundamental, mecanismo que proporciona aos cidadãos o acesso a bens fundamentais, assim tomados pela Constituição de 1988, que os levem ao desfrute de uma vida digna.

2.3 DIREITOS SOCIAIS E SERVIÇO PÚBLICO

No quadro do Estado Social e Democrático de Direito, o serviço público, tomado como atividade prestacional do Estado, encontra sua legitimação na medida em que se coloca como um instrumento que viabiliza o acesso dos cidadãos a bens voltados à concretização dos direitos sociais.

A garantia dos direitos sociais reflete, destarte, para o campo jurídico, o ideal de uma sociedade justa e igualitária, que impõe ao Estado não só o dever de abstenção, de maneira a assegurar a autonomia privada na esfera de proteção dos direitos e liberdades individuais⁴⁵⁷, mas também o dever de proporcionar o acesso a todos a condições de vida digna.

A consagração de tais direitos, portanto, permite falar de uma reserva histórica de justiça da Constituição, que traduz, para o âmbito normativo, os valores que deverão conduzir a sociedade⁴⁵⁸. Neste sentido, Gregório Peces-Barba MARTÍNEZ sustenta, na esteira do pensamento kantiano, que tais direitos traduzem

⁴⁵⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 173. Afinal, "La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es um modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro (<<proyecto de comportamiento estabilizador>>, Bäumlín) e, por ello, siempre tiene algo de <<utopía concreta>>. (SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 21).

⁴⁵⁷ Reconhecidos como direitos fundamentais clássicos, ou de defesa.

⁴⁵⁸ Segundo Paulo Ricardo SCHIER, esta reserva histórica de justiça identifica "aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça" (SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. p. 10).

a *divindade humana*⁴⁵⁹. Constitui-se esta *divindade*, então, como um vetor axiológico que faz com que integrem a Constituição um núcleo de direitos ligados à idéia de liberdade, de igualdade e de solidariedade. Tais valores, “pasan de la ética pública al Derecho para optimizar un sistema de convivencia y de organización social que permita lo más posible el desarrollo de la dignidad humana dela mayor cantidad posible de personas.”⁴⁶⁰

O Estado que exalta, assim, a proteção e implementação dos direitos sociais, “é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social”⁴⁶¹, é o Estado que se traduz, “essencialmente na responsabilidade na proteção dos direitos dos trabalhadores, na satisfação de níveis básicos de prestações sociais para todos, e na correção das desigualdades sociais.”⁴⁶² Não por outro motivo, tem-se que o significado de uma Constituição só se substancializa se nortear o Estado a uma consolidação democrática, assegurando a convivência social com a exclusão da violência, mediante a garantia da liberdade, igualdade e solidariedade concretas, na esteira do pensamento de Hans Peter SCHNEIDER⁴⁶³.

Observe-se, contudo, que nem todos os Estados que adotaram a fórmula do Estado Social optaram por conferir *status* constitucional aos direitos sociais, deixando a sua previsão para a legislação infraconstitucional. Há, ainda, Estados que, sem embargo de trazerem expressamente nas normas constitucionais tais categorias de direitos, não o inserem no rol dos direitos fundamentais.

No Brasil, a Constituição de 88 não só estabeleceu um amplo catálogo de direitos de cunho social, estampados principalmente no art. 6º, da Carta, como também estendeu a eles o regime jurídico dos direitos fundamentais⁴⁶⁴. No

⁴⁵⁹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **La constitución y los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006, p. 155.

⁴⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁶¹ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 175.

⁴⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP...**, p. 210.

⁴⁶³ SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 40.

⁴⁶⁴ Não há que se discutir aqui, dentro dos limites da presente pesquisa, se tais direitos integram ou não o rol dos direitos fundamentais, sendo que a justificativa para tomá-los como direitos fundamentais será tratada no Capítulo III, quando será demonstrado que ao serviço público adequado deve ser reconhecido o *status* de garantia fundamental. De qualquer modo, desde logo pontue-se que a questão teve lugar, na seara nacional, logo após a promulgação da Constituição de 88,

panorama jurídico nacional, então, resta concretizado, através de tal conjunto de direitos, o ideal de justiça social.

Aliás, a referência à garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça como objetivo permanente do Estado brasileiro está disposta já no Preâmbulo da Carta Constitucional, bem como no art 1º, que estabelece, dentre os fundamentos da República, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e a dignidade humana.

Destarte, para Clèmerson Merlin CLÈVE, os direitos sociais, entendidos como direitos fundamentais, “não são, pois, meras normas-programa”, e, por isso, “devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais.”⁴⁶⁵

Em termos históricos, a preocupação em assegurar direitos de cunho social nasce, de acordo com Konrad HESSE, com o desenvolvimento científico, técnico e industrial, com o aumento populacional e com a divisão do trabalho⁴⁶⁶. Tais fatores, segundo ele, “puseram o estado diante de tarefas novas e crescentes, porque a vida econômica, social e cultural moderna carece de planificação, guia e configuração”⁴⁶⁷. Neste contexto, atribui-se ao Estado a tarefa de garantir ‘assistência vital’, através do oferecimento de prestações, como, por exemplo, eletricidade, água, meio

principalmente em face da redação do art. 60, § 4º, IV... Atualmente, é quase unânime o reconhecimento da fundamentalidade de tais direitos. Juarez FREITAS, de maneira peremptória assevera: “os direitos sociais, no sistema brasileiro, são indubitavelmente fundamentais.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 209). No mesmo sentido, Ingo Wolfgang SARLET esclarece “a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condições de autênticos direitos fundamentais...” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 79). Em sentido contrário, ainda defendendo a tese de que os direitos sociais não se tratam de direitos fundamentais, MAGALHÃES, Otávio Bueno. Revisão constitucional. In: Cadernos de direito constitucional e ciência política, 1994, p. 7, 110-111.

⁴⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 19. A posição, contudo, não é unânime. José CRETELLA JÚNIOR., por exemplo, defende que “na regra jurídica constitucional que dispõe que ‘todos têm direitos e o Estado tem dever – dever de saúde -, na realidade ‘todos não têm direito’, porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta em *vinculum iuris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em juízo, as prestações prometidas, a educacional e a da saúde, a que o Estado se obrigara, por proposição ineficaz dos constituintes, representantes do povo. O Estado deve, mas o debate tem conteúdo ético, apenas.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. [Local?]: [Editora?], 1993. v. 8, p. 334).

⁴⁶⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 134.

⁴⁶⁷ Idem.

de transporte, etc....⁴⁶⁸ Observe-se, então, que o autor já vincula os direitos sociais ao serviço público.

Em verdade, admitindo-se que os direitos sociais, com tal concepção, traduzem os ideais de uma sociedade voltada à proteção dos indivíduos e à garantia de suas condições de existência, é possível reconhecer seus primórdios já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que estampava, ainda de forma tímida, normas que pretendiam assegurar aos homens condições de subsistência.

Carlos Miguel HERRERA identifica tal orientação nos estudos realizados pelo Comitê de Mendicância da Constituinte Francesa que, em 1790 já proclamava que “todo homem tem direito à sua subsistência”, disposição que inspirou o art. 21, da Constituição de 1793, que estabelece “um direito aos auxílios públicos para aqueles que não estão em condições de trabalhar.”⁴⁶⁹ Faz referência, ainda, ao Decreto Francês de 25 de fevereiro, que impõe ao governo a obrigação de “garantir a existência do trabalhador através do trabalho” estabelecendo, ademais, que “o Governo se compromete a garantir um trabalho a todos os cidadãos.”⁴⁷⁰

Verifica-se que tais prescrições legais estão vinculadas a uma noção de subsistência, na medida em que impõem ao poder público o dever de proporcionar aos cidadãos condições de sobrevivência, caso não houvesse possibilidade de trabalho.⁴⁷¹

Já em meados do Século XIX, contudo, a positivação de direitos de conteúdo social passa a ser mais percebida. Deste modo, não só há o seu reconhecimento no campo jurídico, como, também, admite-se a necessidade de previsão de garantias que permitam viabilizar tais direitos. Na França, por exemplo, “o caráter integral do direito ao trabalho aparece já no projeto constitucional de junho

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 32.

⁴⁶⁹ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5-24; p. 7.

⁴⁷⁰ Idem.

⁴⁷¹ HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 7. Para Gregório Peces-Barba MARTÍNEZ, “en el origen histórico de los derechos sociales se trataba de apoyar a quienes no podían por sí mismos alcanzar alguns aspectos de su desarrollo humano.” (MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Op. cit., p. 157).

de 1948, em que são reconhecidas como garantias essenciais a esse direito, entre outras, a liberdade, a liberdade de associação, a igualdade, o ensino gratuito.”⁴⁷²

É, então, no contexto de emergência do pensamento socialista que transparece o ‘caráter universal dos direitos sociais’⁴⁷³, ainda em uma concepção eminentemente ligada ao direito ao trabalho e suas conseqüências, inclusive no campo da limitação ao direito da propriedade e na discussão sobre os meios de produção.⁴⁷⁴

A fundamentalidade de tais direitos, assim, tem lugar com o advento dos Estados organizados sob o princípio do Estado Social⁴⁷⁵, consagrado nas constituições do Século XX, na esteira da Constituição Mexicana de 1917⁴⁷⁶ e na de Weimar, de 1919. A partir daí, reconhece-se que tais direitos são ordenações de âmbitos sociais vitais, dirigidas à convivência social, e por isso mesmo necessitam de particular proteção, como sustenta Hans Peter SCHNEIDER⁴⁷⁷.

Especialmente no contexto europeu, a previsão normativa de tais direitos aparece como alternativa ocidental às propostas advindas da Revolução Bolchevique, de outubro de 1917. Segundo HERRERA, o reconhecimento dos

⁴⁷² HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 8

⁴⁷³ HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 8. “Al tiempo, en Europa en general y también en España se procede a un proceso de generalización de estos derechos, que pasarán de ser derechos sociales para quienes los necesitaban, específicos y fundamentados en la igualdad como diferenciación, a ser derechos de todos, de nuevo del hombre genérico, generalizándose la titularidad a favor de todos.” (MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Op. cit., p. 157).

⁴⁷⁴ HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 9. No Brasil, a tendência de se vincular os direitos sociais aos direitos oriundos da proteção do trabalhador recebeu, por Wanderley Guilherme dos SANTOS a denominação de cidadania regulada. Diz, assim, o autor, que tal conceito tem suas raízes “não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e-ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade.” (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979, p. 75).

⁴⁷⁵ HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 12.

⁴⁷⁶ A inovação da Constituição Mexicana não foi por acaso. Com efeito, os membros da Assembléia Constituinte ressaltavam tal fato, como se vê em no discurso de Rouaix: “assim como a França, depois da sua revolução, teve a alta honra de consagrar na primeira de suas cartas magnas os imortais direitos do homem, assim a Revolução Mexicana terá o orgulho legítimo de mostrar ao mundo que é a primeira em consignar em uma Constituição os sagrados direitos dos trabalhadores.” (citado por HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 13).

⁴⁷⁷ SCHNEIDER, Hans Peter. Op. cit., p. 21.

direitos sociais e a constituição do Estado social podem ser tomados, portanto, “como uma espécie de nova síntese orgânica do objetivo de integração, equidistante do individualismo ocidental e do coletivismo russo.”⁴⁷⁸

Já as Constituições promulgadas a partir da década dos 40, do Século XX, mantêm em seu bojo o reconhecimento do catálogo dos direitos sociais e ampliam a sua importância porque passam a impor aos Estados, de maneira mais direta, o dever de intervir para a consecução de tais direitos.

No famoso preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, ainda que defina os direitos sociais como “princípios particularmente necessários”, enuncia que todos têm direito a um emprego, garante o direito de greve e estabelece a garantia da proteção da saúde, por exemplo.

Os direitos sociais passam a ser pensados, destarte, pela categoria de “direitos-crédito (*droit-créances*)”, opondo-se, deste modo, aos denominados direitos-liberdades (direitos fundamentais clássicos).⁴⁷⁹

Na Constituição de Portugal de 1976, da mesma maneira, tem-se um amplo rol de direitos sociais⁴⁸⁰.

De igual modo, na Constituição Espanhola de 1978 há a garantia de tais direitos, sob a égide de *principios rectores*. Veja-se, assim, as prescrições de seu artigo 9.2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Como se vê, de maneira mais ou menos generalizada nos países ocidentais, tem-se uma “posición contundente a favor de la intervención de los poderes públicos para corregir desigualdades y faltas de libertad y para impulsar su desarrollo.”⁴⁸¹ É exatamente neste contexto que se tem a proliferação dos serviços públicos.

⁴⁷⁸ HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 16.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 21. A expressão, segundo o autor, é de RIVERO, tem que ver....

⁴⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...**p. 129 e ss. **(Fazer referência completa.)**

⁴⁸¹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Op. cit., p. 156.

Não se olvida, por certo, que tal instituto tenha surgido muito antes, já no liberalismo clássico⁴⁸². Porém, a sistematização constitucional do serviço público como dever imputado ao Estado passa a ser prevista de forma mais sistemática a partir do Segundo Pós-Guerra⁴⁸³.

É o caso do Brasil, por exemplo, que, mesmo tendo aparecido na esfera constitucional pela primeira vez na Constituição de 1934⁴⁸⁴, foi a partir da Carta de 46 que adquiriu maior relevância.

O marco normativo relevante nesta matéria, contudo, é, inegavelmente, a Constituição de 1988, como já esboçado anteriormente. Nela vê-se expressamente não só um catálogo privilegiado de direitos sociais, sob o manto de direitos fundamentais⁴⁸⁵, mas, também, se assegura o direito ao serviço público adequado, nos termos do já citado art. 175.

Dentro do rol dos direitos sociais previstos no Brasil, há de se identificar, na esteira dos demais ordenamentos, a positivação ao menos de duas espécies destes direitos: os direitos de defesa, que se traduzem em uma perspectiva negativa, e os direitos prestacionais.⁴⁸⁶ Esta classificação apresenta algum interesse dentro do regime jurídico dos direitos fundamentais, que será objeto do Terceiro Capítulo.

⁴⁸² Ver desenvolvimento do tema no Primeiro Capítulo da presente tese.

⁴⁸³ Na França, por exemplo, em face do caráter aberto da previsão dos direitos sociais na Constituição, são as decisões do Conselho Constitucional que reconhecem a normatividade de tais direitos, com “o reconhecimento do estatuto constitucional do direito dos trabalhadores à determinação coletiva das condições de trabalho, à gestão de empresas e o direito de greve” (HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 19). No caso dos serviços públicos, veja-se

⁴⁸⁴ Neste período, “a questão social foi codificada em direitos sociais atribuídos pelo estado a uma clientela específica de sujeitos políticos – os trabalhadores urbanos – que passaram a ser reconhecidos como cidadãos não em razão da sua qualidade de pessoas integrantes da comunidade política, mas devido à sua condição profissional.” (BELLO, Enzo. Op. cit., p. 187).

⁴⁸⁵ “a Constituição Federal de 1988 representa um pacto plural, elaborado com base numa série de compromissos firmados entre diferentes setores da população, resultado de um debate amplo e aberto. Em seu bojo, absorveu uma série de institutos e princípios até então inéditos no constitucionalismo brasileiro, destacando-se seu vasto catálogo de direitos sociais, com um perfil universalista no tratamento da questão social.” (BELLO, Enzo. Op. cit., p. 194).

⁴⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**. São Paulo: RT, 2009, p. 213-254; p. 222. ALEXY divide, ainda, em direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) – que se referem a prestações fáticas decorrentes da atuação do Estado como Estado social e em sentido amplo – atuação positiva do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção, decorrentes da sua condição de Estado Democrático de Direito (citado pelo Ingo Wolfgang SARLET (Idem)).

Por hora, para o recorte metodológico adotado no presente momento da pesquisa, são relevantes os chamados direitos prestacionais, na medida em que se caracterizam como aqueles que pedem ações estatais para realizar os seus conteúdos, o que requer um papel ativo da administração⁴⁸⁷. Segundo Miguel CARBONELL, tais direitos, ao impor ao poder público uma série de tarefas voltadas à sua concretização, permitem reconhecer vantagens para grupos em situação de “especial vulnerabilidade”, viabilizando, assim, a inclusão social de tais indivíduos⁴⁸⁸.

Nesta dimensão prestacional, então, é que desponta o serviço público como instituto que, por excelência, permite ao Estado desempenhar atividades que assegurem a efetividade dos direitos sociais.

Deste modo, o direito à saúde, à educação, a condições básicas de infraestrutura (saneamento básico, energia elétrica, transportes, telecomunicações, correios) são reconhecidos como direitos sociais no texto da CF/88 e demandam a criação de políticas públicas⁴⁸⁹ para sua devida implementação. Tal discussão, portanto, remete ao plano da formulação de tais políticas, abrange a edição de leis e atos normativos primários que as estabeleçam e impõe a execução de tais comandos, através da atividade administrativa que se traduz na prestação do serviço público.

Como se vê, a Carta Constitucional não só reconhece os direitos de natureza social prestacional, mas também prevê os mecanismos para sua devida garantia, dentre eles, o serviço público.

O serviço público, assim, ainda que não possa ser reconhecido em si como um direito social, constitui-se, sem dúvida, como garantia fundamental, dirigida à otimização dos direitos sociais prestacionais previstos na Constituição Federal⁴⁹⁰,

⁴⁸⁷ Aproximam-se, nesta perspectiva, de normas constitucionais que estabelecem objetivos estatais, que podem ser entendidas como normas que “determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura.” (HESSE, Konrad. Op. cit., p. 170). SANTIAGO VER

⁴⁸⁸ O autor sustenta, deste modo, que não basta reconhecer a existência da desigualdade histórica. Não basta, ainda, uma postura abstencionista por parte dos poderes públicos para que a exclusão deixe de existir, sendo necessário buscar alternativas, discutindo-se, no fundo, o papel do direito nas sociedades contemporâneas. (CARBONELL, Miguel. La interpretación..., p. 14-15).

⁴⁸⁹ Clèmerson Merlin CLÈVE, neste sentido, assevera que cabe ao Estado, precipuamente ao Poder Executivo desenvolver políticas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados a tal finalidade, garantindo saúde, educação, habitação. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 20).

⁴⁹⁰ Sobre a caracterização do serviço público como um direito fundamental *lato sensu*, com a natureza de garantia fundamental ver, abaixo.

como será adiante demonstrado. Sua implementação, então, é exigência premente de uma administração que se pretende “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”⁴⁹¹ São estas as características que identificam o que Juarez FREITAS denomina de *boa administração*, tomada, pelo autor, como direito fundamental⁴⁹².

No mesmo sentido sustenta Ingo Wolfgang SARLET, que “a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais... depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (e portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.”⁴⁹³

Desponta, a esta altura, no tratamento dos direitos sociais, a discussão sobre a efetividade ou eficácia de tais direitos, no plano que remete à sua aplicação na realidade fática, garantindo (ou não), aos cidadãos, os bens jurídicos por eles assegurados.

Certamente, o reconhecimento da força normativa de todos os preceitos da Constituição, traço essencial do constitucionalismo contemporâneo, já fornece elementos para que se admita que, com a previsão constitucional de tais direitos, não poderão ser tratados como meros conselhos para o legislador. Impõe-se, assim, o seu reconhecimento normativo cogente, seja no sentido de impor abstenções ou ações ao poder público e, em certa medida, também aos particulares.

De todo modo, para a presente tese, a eficácia-efetividade dos direitos sociais é pressuposta. Assim, afasta-se dos argumentos trazidos por aqueles que pretendem negar a normatividade dos direitos de cunho social, impondo, a eles, uma normatividade “mais fraca”, por assim dizer⁴⁹⁴.

Assim, parte-se do entendimento de que os direitos sociais não são meras normas-programa, mas sim preceitos que vinculam os destinatários da norma à sua

⁴⁹¹ FREITAS, Juarez. **Discrecionaliedade...**, p. 79.

⁴⁹² Idem.

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos..., p. 249.

⁴⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos..., p. 233.

devida e integral observância⁴⁹⁵, na medida em que traduzem os valores fundamentais da República.

É a partir desta perspectiva que se pode identificar não só o regime jurídico especial de proteção que deve ser estendido ao serviço público adequado, mas também a própria função desempenhada por tal instituto, tomado como instrumento que permite, então, na condição de direito fundamental, a concretização dos ideais do Estado Social e Democrático de Direito.

Após as revoluções do conhecimento do século XIX, assenta-se o pressuposto de que todo outro ser humano tem de reconhecer o outro como uma pessoa universal, o que significa agir em relação ao outro do modo a que nos obrigam moralmente as propriedades de uma pessoa. Kant tem aqui grande relevância.

Pretendeu-se firmar, até aqui, os pressupostos que permitem concluir que o acesso ao serviço público é um direito fundamental, mais corretamente uma garantia fundamental, que só será efetivo na medida em que tais atividades forem prestadas sob um regime jurídico específico, o qual guarda igualmente o *status* de garantia fundamental, protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social.

Adotando-se esta perspectiva, é possível resgatar o conceito de serviço público como uma atividade prestada pelo Estado e financiada pela sociedade, tida como um instrumento de distribuição de riqueza ou, como afirma Jorge SALOMONI, como “técnica de garantía de los *derechos humanos*” na medida em que funcionam como “técnica de igualación del disfrute de los bienes materiales y culturales producidos em una sociedad y para todos los individuos que la componem” Segundo o autor, os serviços públicos funcionam, então, como mecanismo de integração social⁴⁹⁶.

Ou seja, se ainda compete ao Estado assumir a responsabilidade pela distribuição de bens, a finalidade de tal tarefa só é legítima se direcionada à garantia de direitos fundamentais, notadamente de cunho social, e, nestes termos, a técnica utilizada para o desempenho de tal desiderato é a prestação de serviços públicos.

⁴⁹⁵ “Deve-se partir do princípio que tudo que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as consequências desta afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia.” (CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia..., p. 23).

⁴⁹⁶ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria...**, p. 326.

Deste modo, a idéia do serviço público como um instrumento capaz de redistribuição de riqueza não está ligada, propriamente, à noção de distribuição de renda. Tal instituto parece muito mais relacionado com a diminuição da exclusão social na medida em que permite aos cidadãos o acesso aos bens que garantirão uma existência digna, tais como educação e saúde e níveis básico de infraestrutura⁴⁹⁷.

Veja-se, nesse sentido, que a “a exclusão social pode ser entendida como um mecanismo ou conjunto de mecanismos que fazem com que um indivíduo ou família, independentemente de seu esforço ou mérito, esteja limitado em sua possibilidade de ascensão social presente ou tenha artificialmente reduzida a probabilidade de ascensão futura.”⁴⁹⁸

Portanto, a devida prestação dos serviços públicos permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que a simples a diminuição da pobreza. Colabora, assim, com a garantia aos cidadãos de “níveis de bem-estar mais elevados”⁴⁹⁹.

Carlos Miguel HERRERA, ao dissertar sobre o histórico dos direitos sociais – análise que pode ser aproveitada, de alguma maneira, para a compreensão do instituto do serviço público – faz importante digressão para demonstrar que tais direitos foram plasmados pelos Estados do Ocidente como uma forma de garantir a inclusão de cidadãos até então excluídos das *benesses* da sociedade moderna.

A crítica, segundo ele, passa pelo fato de que tal mecanismo de inclusão, ou de distribuição de riqueza, conforme posicionamento adotado no presente trabalho, não permitiria a emancipação dos cidadãos⁵⁰⁰.

Partindo na mesma esteira de pensamento de Carlos Miguel HERRERA, Enzo BELLO, por exemplo, entende que as concepções que postulam a garantia

⁴⁹⁷ REZENDE, Fernando. TAFNER, Paulo. **Brasil: O estado de uma nação**. 2005, p. 87.

⁴⁹⁸ Idem.

⁴⁹⁹ Idem.

⁵⁰⁰ Segundo o autor, “ao propor uma diminuição das desigualdades sociais, o modelo de estado de Bem estar produz uma certa transformação social...Mas o Estado intervencionista tal como se desenvolve a partir de 1945, produz sempre transformações tendo em vista a integração social, separando, de fato, a política (social) dos direitos (sociais)...Parece que os direitos sociais...não podem ser teoricamente concebidos sem a assunção de uma mudança correlativa no regime de propriedade. O que significa, em definitivo, assumir neles a lógica própria dos direitos do homem do século XVIII, que eram pensados em termos de emancipação humana.” (HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 23).

dos direitos sociais através de institutos jurídicos “demonstra desprezo das dimensões política e social, e aposta somente nas dimensões ética e jurídica dos direitos sociais para a sua efetivação...”⁵⁰¹

No presente estudo, contudo, entende-se que a defesa do serviço público, prestado sob um regime adequado, erigido a categoria de garantia fundamental, pode contribuir para assegurar a redistribuição de bens essenciais à concretização da vida digna, colaborando para uma perspectiva tanto de inclusão de todos os cidadãos na esfera política quanto da emancipação de tais indivíduos. Porém, aqui é evidente que não se pode adotar uma perspectiva ingênua de que esta é a solução para o problema da cidadania no Brasil⁵⁰².

O que se propõe é apenas uma via possível, uma leitura a partir do Direito, a qual deve, evidentemente, ser conjugada com outras importantes análises sociológicas, políticas e até mesmo econômicas.

Deste modo, mantém-se o entendimento de que, se é certo que o Direito não oferece soluções definitivas para a erradicação da pobreza e para a diminuição dos níveis absurdos de injustiça social no país, também não parece admissível que os juristas abstenham-se de propor leituras, vinculadas aos seus objetos de estudo, de maneira a colaborar com a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme imposto na Constituição de 88⁵⁰³.

Nesta esteira, é de se ressaltar a função inclusiva da Constituição, tomando-a como *lócus* capaz de vincular um projeto político comum de sociedade, ainda que “dentro da diversidade comunitária”⁵⁰⁴, a partir do reconhecimento do pluralismo de

⁵⁰¹ BELLO, Enzo. Op. cit., p. 184.

⁵⁰² Com efeito, não se ignora que “a simples existência de normas constitucionais que consagrem direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios.” (Ibidem, p. 200).

⁵⁰³ Parafraseando BOURDIEU, é preciso reconhecer que há, ainda, espaço para resistir, o que, nesta perspectiva, significa lutar contra os “profetas da infelicidade”, aqueles que, com base na pretensa ideologia única, querem fazer crer a todos que “o seu destino está nas mãos de potências transcendentes, independentes e indiferentes, como os ‘mercados financeiros’ ou os mecanismos da ‘mundialização’.” Impõe-se, logo, uma revalorização da democracia enquanto espaço dos conflitos, das diferenças, da autonomia do sujeito, do pluralismo. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 92.

⁵⁰⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos..., p. 13.

valores que reflete, de maneira normativa, a multiplicidade e complexidade dos valores presentes na sociedade contemporânea⁵⁰⁵.

Com efeito, para Konrad HESSE o caráter democrático do poder só se efetiva, na Carta Constitucional, na medida em que inclui as condições reais da sociedade⁵⁰⁶, partindo de “seu pressuposto fundamental real: da diferença e da divergência de opiniões e de interesses, direções de vontade e aspirações e, com isso, a existência de conflitos dentro do povo.”⁵⁰⁷ A Carta Magna, nesta perspectiva, ao tempo em que reconhece a multiplicidade e a divergência⁵⁰⁸, apresenta-se, através de seus princípios fundamentais, como a “carteira de identidade” de uma sociedade⁵⁰⁹, conjugando, normativamente, interesses distintos⁵¹⁰.

É esta dimensão que admite e impõe iniciativas e alternativas plurais e que permite, através de uma adequada leitura da Carta Fundamental, uma via de inclusão e também de emancipação, através do Direito. Afinal, ao tempo em que a Constituição “dá lugar ao seguimento de objetivos políticos diferentes, do mesmo modo como aos conflitos”⁵¹¹, também “possibilita sua solução; ela assegura também, sob esse aspecto, a oportunidade igual para a realização daqueles objetivos e abre possibilidade de cooperação e exercício de influência também para aqueles grupos que não fazem parte da maioria sustentadora do domínio”⁵¹².

Esta específica compreensão da Carta Magna talvez permita, então, reconciliar duas tendências que já eram reconhecidas às primeiras Constituições de

⁵⁰⁵ Segundo Ingo Wolfgang SARLET, “o pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissório, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 77).

⁵⁰⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 120.

⁵⁰⁷ Idem.

⁵⁰⁸ Idem.

⁵⁰⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos..., p. 13.

⁵¹⁰ Afinal, “la Constitución debe ser también una expresión de la unificación dentro de um pueblo y tiene que crearla constantemente de nuevo, en el sentido de que las decisiones em ella tomadas son um componente del consenso político de los ciudadanos y no son puestas em duda...” (STERN, Klaus. Op. cit., p. 232).

⁵¹¹ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 120.

⁵¹² Idem.

cunho social: a de integração – na perspectiva da inclusão de todos os grupos pertencentes à sociedade - e a de emancipação⁵¹³

E a Constituição de 1988, neste contexto, ao consagrar o interesse dos mais distintos grupos sociais, é “o ponto de encontro que permitirá a função de unificação política diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos”⁵¹⁴, possibilitando, através de diversos de seus institutos, dentre eles, o serviço público, a concretização dos valores nela plasmados.

Nesta perspectiva, é possível falar em cidadania social, que pressupõe uma leitura de democracia que reflete “a prática segundo a qual cidadãos formam, testam, trocam, revisam e associam seus julgamentos interpretativo-constitucionais, somente o fazendo para obter, de tempos em tempos, os ‘acordos institucionais’ que um país precisa de modo a seguir em frente em uma conduta de vida toleravelmente ordenada”⁵¹⁵.

Por isso, defende-se a idéia de que nos países emergentes, a atuação positiva do Estado, em cumprimento específico das normas constitucionais, continua sendo para enorme parcela da população o único meio de acesso a um mínimo de bens essenciais tais como saúde, educação, água, energia elétrica, dentre outros⁵¹⁶.

Com base em tais postulados, vê-se que, na realidade brasileira e na dos demais países latino-americanos, não há espaço para a defesa de um chamado Estado Regulador, que se restrinja a estabelecer os parâmetros para que a sociedade exerça o dever de cuidar de suas necessidades básicas.

É certo que tais considerações devem ser lidas sob a égide do princípio da proporcionalidade, não se advogando, aqui, a tese de um Estado Máximo que, desbordando das canaletas da democracia, impeça a sociedade de exercer as atividades que lhe são pertinentes, dentro dos limites impostos pelos cânones do Estado Social e Democrático de Direito.

⁵¹³ HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 15.

⁵¹⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos..., p. 13.

⁵¹⁵ MICHELMANN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**. São Paulo: RT, 2009, p. 255-278; 278.

⁵¹⁶ Tais exemplos estão restritos à atuação na área dos serviços públicos. Seria viável, também, uma análise a partir dos programas assistencialistas do Estado.

Ao contrário, adotando-se o posicionamento de Juarez FREITAS pretende-se um “Estado essencial, sem significar um Estado reduzido”⁵¹⁷. Assim, “longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais”⁵¹⁸.

Assim, entende-se que é preciso fugir dos fenômenos que levem a uma universalização excludente ou a uma inclusão segmentada da cidadania, como bem pontua Sônia FLEURY⁵¹⁹, para que se configure possível a inserção ativa de grupos marginalizados no âmbito das conquistas sociais.

Por isso, justifica-se a manutenção do rol dos serviços públicos, tomados como dever do poder público⁵²⁰. Mais do que isso, entende-se que, para que seja eficiente a sua prestação, é imprescindível que tais funções sejam prestadas sob o regime típico de serviço público, pautado na universalidade, na modicidade de tarifas e na continuidade de sua prestação.

Isto porque a Constituição 1988, assim como a doutrina administrativista vocacionada à defesa da efetivação dos direitos fundamentais, atribui ao serviço público o *status* de direito fundamental, suficiente para assegurar a sua devida prestação.

Mais de duas décadas depois da promulgação da Carta Cidadã, contudo, resta clara a ilusão, traduzida aqui nas palavras de Carmen Lúcia Antunes ROCHA - “E os não pagantes excluem-se do mundo, do Estado, da sociedade: são as legiões de *excluídos sociais*, cada vez mais indignos, esgueirando-se pelas sombras de

⁵¹⁷ FREITAS, Juarez. **Estudos...**, p. 33.

⁵¹⁸ Idem.

⁵¹⁹ FLEURY, Sônia. **Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina**. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 1994, p. 229.

⁵²⁰ A preocupação com a prestação de serviços públicos, diretamente vinculada à concretização dos direitos sociais, a partir da crise do Estado Social também se faz presente em Portugal, como ressalta Jorge Reis NOVAIS: “Mesmo quando assume o legado e os fins do Estado Social, cada vez mais o poder político sente, neste domínio, necessidade de repensar, alterar, reformar ou, mesmo, suprimir direitos ou prestações mais ou menos controversos, consolidados, adquiridos. O problema jurídico-constitucional que esta tendência convoca é evidente: em que medida e com que margem pode o poder político dispor, mais ou menos livremente, de direitos cuja realização, estando por natureza associada às disponibilidades financeiras do Estado e sendo, nesse sentido, mais permeável à pressão da conjuntura, não deixa de constituir realização-concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, de direitos cujo valor constitucional os deve manter subtraídos à livre disponibilidade dos titulares do poder público.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 189).

viadutos construídos para os que têm carros, anulando-se nos vãos dos esgotos das cidades que se querem cada vez mais vazias de cidadãos”⁵²¹.

É preciso portanto ir além, o que implica não só reconhecer ao direito ao serviço público a natureza de direito fundamental, mas também impor que seja prestado sob um regime jurídico específico e diferenciado, de direito público, também tomado como uma garantia fundamental.

Com efeito, entende-se que a prestação dos serviços públicos adequado, com um regime jurídico de direito público, vinculado aos postulados cujos vetores direcionam-se à concretização da fórmula do Estado Democrático de Direito, é garantia inafastável. De outra forma, poder-se-ia admitir que ao poder público que, “fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade”, substituísse, “de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”⁵²²

Afinal, é preciso buscar a transformação dos objetivos fundamentais da Carta Constitucional em “verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”⁵²³.

Como o serviço público é um instrumento que visa assegurar o alcance de direitos sociais de cunho prestacional, tem-se “a exigência de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário tratamento idêntico.”⁵²⁴ Ou seja, “incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais)”⁵²⁵.

Há de ser reconhecido, desta maneira, “aquilo que já se designou de direito subjetivo a prestações....e, portanto, plenamente exigível também pela via

⁵²¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios...**, p. 505.

⁵²² STF, AGRRE – 271286, Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça da União de 24.11.2000.

⁵²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 18.

⁵²⁴ Ibidem, p. 23.

⁵²⁵ Ibidem, p. 22.

jurisdicional”⁵²⁶. Não por outro motivo Jorge SALOMONI sustenta que a intervenção estatal abrange técnicas de distribuição de bens e serviços, aspecto que deve orientar a redefinição do instituto do serviço público na contemporaneidade⁵²⁷.

Mesmo na esteira do constitucionalismo português, em que o tratamento dos direitos sociais é diferenciado do tratamento normativo brasileiro, J. J. Gomes CANOTILHO defende que “o cidadão, no campo das prestações existenciais mínimas do direito à vida, tem um *direito subjetivo* (originário, definitivo) a prestações existenciais ao qual corresponde um dever correlativo por parte deste”⁵²⁸

É preciso retomar aqui o recorte metodológico proposto na tese: não se pretende analisar o alcance da atividade do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, discussão que remeteria para o plano das questões colocadas, atualmente, tanto pela filosofia hermenêutica, quanto pela teoria da democracia deliberativa. Seria necessário, aí sim, abordar toda a matéria referente ao chamado ativismo judicial e à autocontenção.

Contudo, ainda que não se enfrentem tais dificuldades, não há como deixar de reconhecer que há uma dimensão subjetiva nos direitos sociais prestacionais e, nesta medida, é inevitável admitir que os cidadãos possuem direitos subjetivos em face do Estado, e que, por isso mesmo, podem pleitear perante o Poder Judiciário o reconhecimento de tais direitos⁵²⁹. Os limites que devem ser observados nas decisões judiciais nesta seara é, aí sim, questão que se remete para outros estudos.

⁵²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos..., p. 250.

⁵²⁷ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria...**, p. 325.

⁵²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: , p. 57. O autor afirma, ainda: “Como vem afirmando o Tribunal Constitucional alemão, o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão *vinculados* a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo esse direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente este meio.” (Ibidem, p. 59).

⁵²⁹ Do que se expôs, observa-se que considerar o direito ao serviço público adequado de acordo com o posicionamento adotado leva à conclusão de que, ao tempo em que se admite que das normas constitucionais que estatuem os direitos sociais manejados pelos serviços públicos decorrem direitos para os cidadãos, também está implícito o dever do Estado a tais prestações. Sob a análise do direito administrativo brasileiro, a questão foi resolvida com o auxílio da noção de competência. Por tal noção, entende-se que as atribuições previstas constitucionalmente implicam em deveres-poderes para o poder público. Destarte, na medida em que a Constituição Federal estabelece, em diversos de seus dispositivos, a competência para o poder público exercer os serviços públicos, ao mesmo tempo lhe impõe o dever de prestar tais atividades. Essa consideração, contudo, passa ao largo de toda a discussão, no prisma do Direito Constitucional, sobre a existência ou não de um verdadeiro direito subjetivo a prestações como decorrência das normas definidoras de direitos sociais. Sobre o tema, ver, por todos, na doutrina estrangeira, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos**

Em relação aos serviços públicos, deste modo, pode-se afirmar, com esteio no pensamento de Juarez FREITAS, que “há direito subjetivo público a serviços essenciais, prestados de modo adequado, não mera expectativa. Com efeito, entre as funções mais nobres do Estado Democrático, além de regular, está a de prestar, em tempo útil, ainda que por delegação, serviços essenciais, eficiente e eficazmente.”⁵³⁰

De qualquer forma, a dimensão aqui atribuída aos serviços públicos permite, sem embargo, traçar uma via de efetividade dos direitos sociais, mediante a atuação da Administração Pública. Esta via antecede o recurso ao Poder Judiciário, sempre tão lembrado e tão debatido por aqueles que se debruçam sobre o estudo do tema.

Com efeito, havendo a garantia constitucional a um serviço público adequado é possível demandar tal prestação não só ao Poder Judiciário, mas antes, à própria esfera administrativa. Isto porque, ainda que não se tenha no Brasil um verdadeiro contencioso administrativo, não parece certo desmerecer o papel que a chamada jurisdição administrativa deve desempenhar na efetiva proteção dos direitos dos cidadãos. Neste sentido, as lições de Romeu Felipe BACELLAR FILHO que faz questão de reforçar.

Admite-se, então, na esteira de Celso Antônio Bandeira de MELLO que,

para engendrar os requisitos condicionais ao funcionamento normal da democracia ou promover-lhes a expansão, o Estado não tem alternativa senão a de se constituir em um decidido agente transformador, o que supõe, diversamente do que hoje pode ocorrer nos países que já ultrapassaram esta fase, um desempenho muito mais participante, notadamente no suprimento dos recursos sociais básicos e no desenvolvimento de uma política promotora das camadas mais desfavorecidas.⁵³¹

Vê-se a partir daí que o serviço público – com as garantias do regime jurídico de direito público que caracterizam o serviço público adequado - ainda se mantém, nos estados emergentes, como mecanismo fundamental para a

fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 180 e ss. No Brasil, o melhor panorama sobre a matéria está em SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 296 e ss.

⁵³⁰ FREITAS, Juarez. **O controle...**, p. 291.

⁵³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia...**, p. 61.

consecução da cidadania⁵³² e da democracia⁵³³, na medida em que asseguram “certas condições sociais de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido.”⁵³⁴

⁵³² Conceito de cidadania: MARSHALL: “a teorização de Marshall corporifica a idéia de seguridade social como rede de proteção que obriga o estado a assumir a responsabilidade pelos rumos da sociedade e, conseqüentemente, a compensar as desigualdades geradas pelo mercado na alocação de recursos e distribuição de riquezas.” Esta teoria procurou estender “o status de cidadão a novos atores e a outros antes discriminados” (BELLO, Enzo. Op. cit., p. 180).

⁵³³ Celso Antônio Bandeira de MELLO coloca como condições de uma vivência democrática (i) a segurança de um padrão econômico-social acima da mera subsistência, (ii) “o efetivo acesso à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania) e (iii) a informação. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia..., p. 61.

⁵³⁴ Sustenta, deste modo, Cláudio Pereira de SOUZA NETO que “as diferenças sociais, quando se radicalizam a ponto de criar uma fronteira entre aqueles que têm o direito à vida e aqueles que não o têm...minam gravemente os próprios alicerces da estrutura básica de uma sociedade que se legitima ao afirmar que trata a todos como dignos de igual respeito. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 58).

3. O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

3.1 O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O pressuposto central para a discussão da presente tese é considerar o acesso ao serviço público adequado, abrangendo, assim, o seu regime jurídico, como direito fundamental. Com efeito, é a partir desta designação que será possível estender aos princípios que integram o regime jurídico do serviço público, consagrados no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8987/95, a proteção conferida pelo regime jurídico dos direitos fundamentais e, em especial, a proteção da cláusula de proibição do retrocesso social.

Para tanto, contudo, faz-se necessário demonstrar de que maneira é possível reconhecer tal *status* de direito fundamental ao serviço público e ao seu regime jurídico.

Sobre os direitos fundamentais já se falou que se constituem “la columna vertebral del Estado Constitucional”⁵³⁵. Para ALEXY, são princípios ou mandados de otimização, que determinam a realização de seu conteúdo no maior grau possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas⁵³⁶. Segundo Jorge MIRANDA, os direitos fundamentais podem ser tomados como posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tal, de assente na Constituição, seja a formal ou a material⁵³⁷.

Jorge Reis NOVAIS, por sua vez, considera os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, na medida em que tais direitos consubstanciam-se como “posições jurídicas individuais em face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado.”⁵³⁸ Adota tal concepção com o objetivo de assegurar proteção a todos os direitos fundamentais das pessoas contra “restrições essencial

⁵³⁵ PULIDO, Carlos Bernal. Op. cit., p. 13.

⁵³⁶ ALEXY, Robert. **Teoría...**, p. 117.

⁵³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 7.

⁵³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 17.

ou determinantemente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências particulares ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjunturalmente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas.”⁵³⁹

Na esteira do pensamento nacional, Ingo Wolfgang SARLET define direito fundamental como

posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).⁵⁴⁰

Como antes se deu notícia, a Constituição Federal de 1988, seguindo a orientação das cartas anteriores previu, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, um extenso catálogo de direitos desta natureza. A novidade da Carta reside, como antes também já se fez referência, na previsão dos direitos sociais em tal Título II.

Os direitos fundamentais refletem, assim, de acordo com a disciplina da Carta de 88, um conjunto de direitos especialmente protegidos pela ordem constitucional, na medida em que contém “decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa”⁵⁴¹, criando e mantendo, através deles, “os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”⁵⁴²

Trata-se, então, a fundamentalidade, de uma “especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material.”⁵⁴³

Traduzem, portanto, para o campo jurídico, os valores que a sociedade toma por mais caros, aqueles que identificam o núcleo dos anseios sociais e, na concepção da Constituição Dirigente, o conjunto axiológico que traduz as linhas

⁵³⁹ Ibidem, p. 32.

⁵⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 91.

⁵⁴¹ Ibidem, p. 89.

⁵⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 472.

⁵⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 378.

mestras que deve nortear o projeto de Estado vislumbrado pelo poder constituinte originário.

Deste modo, pelo critério formal, são direitos fundamentais os direitos que estão previstos expressamente no catálogo da Carta⁵⁴⁴, os que integram o catálogo constitucional⁵⁴⁵, “aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”⁵⁴⁶.

Mediante tal critério, como se observa, não estaria inserido no rol dos fundamentais o direito ao serviço público adequado, nem tampouco o seu regime jurídico, porque aquele direito encontra-se previsto no art. 175, Parágrafo Único, IV, da CF/88 enquanto que o regime jurídico só foi regulamentado pelo art. 6º, § 1º, da Lei no. 8987/95.

Porém, há, ainda, o critério material, o qual permite reconhecer direitos fundamentais fora do catálogo. De acordo com tal critério, são fundamentais aqueles que “apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparado aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.”⁵⁴⁷

Tem-se, então, o reconhecimento de que há um conteúdo material na Constituição que, mesmo quando positivado em normas fora do Título dos Direitos Fundamentais, ou até na legislação infraconstitucional, carecem de proteção diferenciada, por traduzirem valores tomados como essenciais pelo grupo social⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 95.

⁵⁴⁵ ALEXY, Robert. **Tres...**, p. 21.

⁵⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 472.

⁵⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 95.

⁵⁴⁸ De acordo com Cristina M. M. QUEIROZ “os direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como ‘reação’ às ameaças fundamentais que circundam o homem e o cidadão. As funções específicas de perigo mudam historicamente, tornando-se necessários novos instrumentos de combate, que devem ser desenvolvidos, sempre de novo, em nome do homem e do cidadão. Isso significa uma abertura de conteúdos, de funções e de formas de proteção, de modo a que todos esses direitos possam ser defendidos contra os novos perigo que possam surgir no decurso do tempo. Este caráter aberto do catálogo e da garantia dos direitos fundamentais, seja no aspecto pessoal, seja no aspecto institucional ou coletivo, vem expresso numa multiplicidade de formas de proteção jurídica (...) Não existe *numerus clausus* de dimensões de tutela, do mesmo modo que não existe um *numerus clausus* de perigos. Daí a origem da expressão proteção dinâmica dos direitos fundamentais, utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão”. (QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216; p. 49). No mesmo sentido é a doutrina brasileira ao afirmar que a existência de direitos sem registro constitucional formal está expressamente mencionada no art. 2º da Constituição Federal, quando estabelece que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das

Com efeito, assentou-se no país o entendimento de que há direitos fundamentais fora do art. 5º, da CF, por força da cláusula de abertura do art. 5º, §. 2º, da Constituição⁵⁴⁹. Segundo Ingo Wolfgang SARLET, tal prescrição permite entender a Constituição como uma moldura que admite a aquisição de novos direitos fundamentais⁵⁵⁰.

Admitindo-se, então, a existência de direitos fundamentais fora do rol do art. 5º, da CF/88, cabe verificar onde poderão ser localizados tais direitos, o que somente será possível através da definição de um conteúdo material calcado na Constituição Federal de 1988. Até porque, é inegável que “a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser considerada fundamental”⁵⁵¹.

Nesta esteira, Juarez FREITAS, tomando o art. 5º, § 2º, da CF/88, como verdadeira norma geral inclusiva, impõe não só o dever de ser atribuído o *status* de direito fundamental a prescrições constantes fora do art. 5º, da Carta Fundamental e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, mas também a preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁵².

Esta perspectiva, então, permite o reconhecimento do traço de fundamentalidade do direito ao serviço público adequado, previsto no art. 175,

regras aplicáveis de direito internacional. Outrossim, para que não parem dúvidas, basta verificar que no art. 5º encontram-se diversos preceitos que, embora incluídos no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” não configuram como direitos fundamentais, no máximo como normas organizacionais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 37. Ademais cumpre referir, nesse mesmo sentido, as lições de José Joaquim Gomes Canotilho: “o amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos”. CANOTILHO, José. Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 398.

⁵⁴⁹ Quanto à natureza das normas decorrentes dos Tratados Internacionais de direitos humanos, matéria sempre intensamente discutida no cenário nacional, veja-se as prescrições da EC 45, que, com a adição do parágrafo 3º, ao citado art. 5º, esclarece que “Os Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁵⁵⁰ O autor toma, para tanto, a idéia de M. de CARVALHO NETTO (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 98).

⁵⁵¹ Ibidem, p. 104.

⁵⁵² FREITAS, Juarez. **A interpretação...**, p. 207.

Parágrafo Único, IV, da CF/88. Porém, como assentado em diversas outras passagens da presente tese, o posicionamento aqui defendido não se contenta em considerar o acesso ao serviço público como um direito fundamental. Busca-se ir além, atribuindo a natureza de direito fundamental ao regime jurídico de tal instituto⁵⁵³.

Ocorre, porém, que, sem embargo de alguns dos princípios que compõe tal regime guardarem previsão expressa na Constituição de 1988, até mesmo em face do regime jurídico administrativo consagrado na Lei Fundamental, o certo é que é o art. 6º, § 1º, da Lei nº 8987/95, é o dispositivo que concretiza a noção de serviço público adequado, do art. 175, Parágrafo Único, IV, da Carta Magna. Com efeito, é neste dispositivo legal que são estabelecidos, expressamente, os princípios que permitem identificar o que se entende por serviço público adequado, nos seguintes termos: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”

Portanto, faz-se necessário interpretar a cláusula inclusiva do art. 5º, § 2º, da CF/88, de maneira que se possa não só reconhecer como fundamentais direitos de assento constitucional fora do catálogo e os previstos nos Tratados Internacionais mas, também, aqueles estabelecidos na legislação infraconstitucional.

A doutrina brasileira, neste sentido, é minoritária. Filia-se, na presente tese, ao posicionamento de Ingo Wolfgang SARLET, que admite expressamente tal possibilidade, na medida em que reconhece que “é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente, antes mesmo de uma constitucionalização.”⁵⁵⁴

Veja-se que no contexto do direito português a matéria foi objeto de tratamento constitucional, na medida em que o art. 16/1, da CRP, expressamente

⁵⁵³ Em verdade, ainda que a idéia ora desenvolvida esteja vinculada a um novo momento do Direito Administrativo, não há grande novidade. Vários autores colocam o serviço público como direito fundamental, como será adiante ressaltado. Este postulado, porém, aqui é pressuposto. A idéia não é defender a tese do serviço público como direito fundamental, mas, além, agregar-lhe um *plus*, uma garantia de vinculação ao modo de realização sem o qual a simples idéia de serviço público poderá ser uma fórmula vazia.

⁵⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 103.

estabelece: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

Comentando a Constituição Portuguesa, J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA esclarecem que “o enunciado <<leis>> referido no nº 1 significa qualquer *acto legislativo*...Os direitos materialmente constitucionais podem estar normativizados em leis da AR, decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais.”⁵⁵⁵

Tem-se, assim, a categoria dos *direitos derivados*⁵⁵⁶, a qual oferece sustentação teórica para o posicionamento aqui sustentado. O exemplo de direito derivado trazido por J. J. Gomes CANOTILHO é justamente no âmbito dos direitos sociais. Sustenta, portanto, o autor português, que se apresentam como direitos derivados os direitos a prestações, aqueles que consagram “direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.”⁵⁵⁷ Remete-se, desde logo, à idéia de serviço público.

Deste modo, considera-se que, cabendo ao legislador ordinário o papel de concretização dos direitos fundamentais positivados na Constituição, com a finalidade de atribuir, com isso, eficácia imediata a tais direitos, é possível, dentro de critérios proporcionais e razoáveis, reconhecer o traço de fundamentalidade também ao conteúdo de tal legislação infraconstitucional.

Assim, na esteira do pensamento de Ingo Wolfgang SARLET, em âmbito nacional, e tomando-se por analogia a figura dos direitos derivados do direito português, é possível justificar o entendimento de que não só o direito ao acesso ao serviço público adequado, previsto no art. 175, Parágrafo Único, IV, da CF/88-88, trata-se de um direito fundamental como, também, o regime jurídico de tal serviço, estabelecido no art. 6º, da 8987/95, guarda tal natureza.

Porém, ainda assim faz-se necessário demonstrar sob qual critério é possível reconhecer o traço de fundamentalidade ao instituto aqui tratado, ainda que

⁵⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007, p. 365.

⁵⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 479.

⁵⁵⁷ Idem.

tal entendimento seja admitido, sem maiores discussões, por boa parte da doutrina administrativista nacional e internacional⁵⁵⁸.

Para tanto, toma-se por pressuposto que os direitos sociais instrumentalizados pelos serviços públicos tratam-se de direitos fundamentais. Esta questão, como já assentado, deixou suscitar maiores debates no atual momento do constitucionalismo brasileiro⁵⁵⁹.

Destarte, ultrapassado o critério topográfico, que, em um primeiro momento, pretendia reconhecer como direitos fundamentais somente os previstos no art. 5º, da Carta Magna, os direitos sociais são tomados como fundamentais, aplicando-se a eles, na integralidade, o regime jurídico diferenciado.

Porém, se por um lado tal matéria já se encontra pacificada na doutrina nacional, o mesmo não se pode dizer do critério adotado para estabelecer quais são, dentre os direitos fora do catálogo do Título II, da Carta Constitucional, aqueles que integram o rol dos direitos fundamentais.

De qualquer modo, reportando tal discussão para os contornos da presente tese, tem-se que, seja qual for o critério utilizado, será possível atribuir ao direito ao serviço público adequado a natureza de direito fundamental⁵⁶⁰.

De uma maneira geral, entende-se que a nota de fundamentalidade advém do critério de equiparação ou da vinculação do direito que se encontra fora do Título II, da Carta Fundamental a (i) um dos direitos fundamentais do catálogo, (ii) a dignidade da pessoa humana ou, ainda, (iii) ao conjunto de todos os princípios fundamentais.

Destarte, de acordo com o primeiro critério, seriam fundamentais os direitos que, apesar de fora do catálogo, pudessem ser equiparados a alguns dos direitos expressamente integrantes do rol do citado Título II, da CF/88⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Na esfera do direito alienígena, ver, por todos, o trabalho de SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria....**

⁵⁵⁹ Nesse sentido, “o Poder Constituinte de 88 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que...acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos..., p. 218).

⁵⁶⁰ Ressalte-se, mais uma vez, direito fundamental *lato sensu* já que, como está dirigido ao atendimento e concretização dos direitos sociais, apresenta-se como garantia fundamental. Ainda nesta linha, poder-se-ia sustentar que o direito ao serviço público não poderia ser tomado como direito fundamental *stricto sensu* porque se trata de um direito sem conteúdo, mas este é um tema para outra tese.

Adotando-se esta perspectiva, o direito ao serviço público prestado sob o regime da Lei nº 8987/95 (serviço público adequado), pode ser considerado como direito fundamental na medida em que está vinculado, de maneira direta e inegável, enquanto instrumento de concretização do direito à igualdade, previsto no art. 5º, *caput* e inc. I.⁵⁶²

Isto porque, conforme já tratado, adota-se, na presente tese, a idéia de que o serviço público adequado, universal, contínuo e com tarifas módicas, é um mecanismo de distribuição de riqueza, através do qual se minimizam as desigualdades sociais mediante o fornecimento de prestações a todos os necessitados.

Constata-se, deste modo, a vinculação direta e imediata ao direito à igualdade, em sua perspectiva concreta, sendo possível, então, reconhecer o traço de fundamentalidade ao serviço público. Mas, além disso, tem-se que é a observância aos princípios da universalidade, modicidade e continuidade que garantirão que tal serviço seja prestado de maneira a se tornar um mecanismo de efetiva redução das desigualdades sociais. Até porque, não parece difícil aceitar que “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas,...não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana...”⁵⁶³

Já na segunda hipótese, seriam fundamentais, também, os direitos que, de alguma maneira, se vinculam diretamente à dignidade da pessoa humana.

Aqui, não é difícil a defesa da tese, ainda que não se possa admitir que a simples referência à dignidade da pessoa humana possa ser aceita sem o devido ônus argumentativo.

⁵⁶¹ Segundo SCHIER, Paulo Ricardo. Novos..., seriam direitos fundamentais, com base no referencial ora analisado, a irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos – por equiparação à irredutibilidade do art. 6º, VI), a irretroatividade – anualidade e anterioridade – das normas tributárias (por equiparação à irretroatividade geral do art. 5º, XXVI e da irretroatividade da norma penal), a acessibilidade de todos os cidadãos aos cargos públicos mediante concurso (por equiparação ao direito fundamental à igualdade), (iv) a proibição de prisão por dívidas, do Pacto de São José da Costa Rica (por equiparação à proibição da prisão civil por dívidas, dentre outros.

⁵⁶² As conseqüências do reconhecimento do serviço público adequado como direito fundamental nos diversos serviços em espécie, no Brasil, será objeto do último item do presente capítulo. Por hora, quer-se demonstrar, de maneira genérica, a vinculação de tal instituto, aos direitos fundamentais previstos no catálogo.

⁵⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 122.

Tomando-se por empréstimo a doutrina do Direito Constitucional ⁵⁶⁴, tem-se que a dignidade da pessoa humana é a tradução, no campo do Direito, do reconhecimento que se faz ao homem, concretamente situado, enquanto sujeito a ser protegido e amparado pelo Estado e respeitado como tal por todos na esfera da sociedade. O ser humano é tomado, aqui, como essencial, como um fim em si mesmo.

Sem realizar um esforço histórico ⁵⁶⁵, reitera-se que a Constituição Brasileira de 1988 trouxe a dignidade humana como princípio fundamental, expressamente previsto em seu art. I, III.

Apesar de toda a controvérsia sobre o tema, até mesmo diante da fluidez que representa a expressão dignidade da pessoa humana, já que é absolutamente difícil o consenso sobre o que constitui, em cada momento histórico, as condições que permitem assegurar a vida digna, o fato é que se pode tomar como referencial, para traçar as linhas mestras da idéia de dignidade, a sua relação com os direitos fundamentais ⁵⁶⁶.

Assim, “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões...” ⁵⁶⁷ Nesta medida, é tomada como “fundamento e fim da ordem jurídica, é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia” ⁵⁶⁸

A partir de tal idéia, há quem sustente que os direitos constitucionais decorrem do valor máximo da dignidade humana, o que seria o fundamento de toda

⁵⁶⁴ A abordagem, por evidente, poderia ser feita a partir de inúmeros campos do conhecimento, desde a perspectiva filosófica, partindo da obra de Kant, por exemplo, até a da ciência política, no qual o referencial ainda é o pensamento de Hannah Arendt. No presente trabalho, contudo, recorta-se a apreciação da dignidade nos moldes em que ela foi plasmada no texto constitucional. De qualquer maneira, para o aprofundamento do tema, ver, no cenário nacional, BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104 e ss.

⁵⁶⁵ Idem.

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 110.

⁵⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2001, p. 87.

⁵⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia...**, p. 194.

a ordem constitucional, na esteira do pensamento de José Carlos Vieira de ANDRADE⁵⁶⁹.

Ana Paula de BARCELLOS encontra, ainda, um subprincípio da dignidade na norma do art. 3º, III, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades⁵⁷⁰. Assevera, deste modo, que tal dispositivo oferece uma moldura hermenêutica que permite entender que, para assegurar vida digna, a norma constitucional determina que “não haja miseráveis, que pessoas não passem fome, não durmam ao relento, nem sintam frio por falta de agasalho”⁵⁷¹. Refere, ainda, a autora, que também os direitos sociais permitirão concretizar o princípio da dignidade, “na esfera das condições materiais de existência do homem”⁵⁷².

O objetivo dos autores que tratam do tema, então, diante da dificuldade em delimitá-lo teoricamente, é de encontrar um “núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade”, em relação às quais “não há o que ponderar ou otimizar.”⁵⁷³

Assim, tem-se que com “a expressão genérica dignidade da pessoa humana a Constituição recorre exatamente ao consenso social para preenchê-la de significado; e ao concretizá-la por meio de um conjunto de outras normas, mais específicas, o constituinte reflete, ainda que de modo pontual, o consenso vigente em seu tempo.”⁵⁷⁴

A dignidade da pessoa humana, concebida pelas Cartas Constitucionais, coloca-se como o referencial que permite superar, definitivamente, o paradigma

⁵⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 102. Em sentido contrário, por exemplo, Ingo Wolfgang SARLET sustenta que “basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo de dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 112).

⁵⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 167.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 169.

⁵⁷² Idem. A autora ainda argumenta: “a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema.”

⁵⁷³ Ibidem, p. 194.

⁵⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 198.

formal do Direito e reconhecer o homem, concretamente situado, como sujeito titular de direitos. Pretende-se superar, assim, os modelos que vinculavam o *status* de cidadão à critérios metafísicos. Por isso, a referência a tal temática é tão importante, mormente em momentos como o atual, no qual novamente pretende-se condicionar a cidadania ao papel de consumidor.

Assim, “como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade.”⁵⁷⁵

Destarte, a dignidade da pessoa humana é referida não só como vetor unificador de todos os direitos fundamentais,⁵⁷⁶ mas também “cumpre função legitimadora do reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando-se, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental”⁵⁷⁷

No âmbito do Direito Administrativo, a dignidade da pessoa humana tem sido considerada como eixo central para a releitura de seus institutos. Neste sentido, dentre tantos, desponta a obra de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que, no seio da Constituição de 1988, reflete que “a dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito”, tendo por seu “principal destinatário o homem em todas as suas dimensões”⁵⁷⁸

Também Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta que o respeito à dignidade humana, “estampado entre os fundamentos da República no art. 1º, III, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo.”⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 120.

⁵⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 192.

⁵⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 111. Nesse sentido, o autor ainda refere que o princípio da dignidade serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna. (Ibidem, p. 125).

⁵⁷⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 15.

Destaque, ainda, ao pensamento de Juarez FREITAS que, ao tempo em que impõe a leitura do princípio do interesse público em “correlação íntima com a tutela da dignidade de todas as pessoas e de cada uma”⁵⁸⁰, ainda assevera que “em favor da dignidade, não deve haver dúvida...”⁵⁸¹

É na esteira do pensamento de tais autores que a doutrina pátria que professa a fundamentalidade do direito ao serviço público tem como justificativa para tal reconhecimento a sua vinculação imediata de à dignidade da pessoa humana.

Defende-se, assim, que tal instituto é o instrumento que, por excelência, permite aos cidadãos o desfrute dos direitos especialmente vinculados às condições de vida digna.

Assim, na esteira do pensamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o serviço público é um “meio que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.”⁵⁸²

Destarte, a assertiva de que o serviço público é um instrumento que concretiza a dignidade justifica-se com base em inúmeros dispositivos da Carta Constitucional.

Como assentado no primeiro capítulo, trata-se o serviço público de espécie de atividade econômica em sentido amplo, previsto no art. 175, da CF/88, dentre as normas que regulamentam a ordem econômica, Título VII.

Desta maneira, tem-se que tal atividade, assim como os demais institutos previstos em tal *lôcus* da Constituição, tem por fim “assegurar a todos existência digna”, conforme previsto no *caput* do art. 170.

A vinculação do serviço público com a dignidade da pessoa humana também pode ser subsumida da previsão do art. 3º, III, da Carta Magna, que estabelece, como dever do Estado, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

⁵⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

⁵⁸⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

⁵⁸¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação...**, p. 207.

⁵⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder...**, p. 18.

Com efeito, na abordagem dada ao instituto do serviço público no presente trabalho, fica claro que se trata de mecanismo que permite a redução das desigualdades, como acima referido.

Especialmente neste tópico, veja-se que é condição *sine qua non* que o serviço público seja prestado sob o regime jurídico adequado, ofertado de maneira contínua, para todos dentro da exigência da universalidade e com tarifas módicas, sob pena de não se configurar como um instrumento de redistribuição de riquezas e, portanto, não ser possível concretizar, através dele, a dignidade humana para todos⁵⁸³.

Finalmente, de acordo com o terceiro critério utilizado para atribuir o traço de direito fundamental a direitos previstos fora do catálogo, trazido, para a doutrina nacional por Ingo Wolfgang SARLET⁵⁸⁴ e Paulo Ricardo SCHIER⁵⁸⁵, tem-se que é a vinculação aos princípios fundamentais que autorizam tal reconhecimento. Como se vê, tal critério não se restringe, em termos argumentativos, à vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, na tentativa de melhor densificar o conteúdo atribuído pelo constituinte ao princípio da dignidade humana, os autores fazem uso de outros referenciais de igual hierarquia constitucional – os demais princípios fundamentais – para reconhecer os demais direitos fundamentais.

Assim

uma adequada compreensão normativa da Constituição haverá de aceitar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único e nem, na perspectiva normativa, o mais importante princípio fundamental. O constitucionalismo contemporâneo, afinal, tem se mostrado avesso à tese de existência de uma tábua de hierarquia normativa pré-definida de direitos ou princípios.⁵⁸⁶

Tal posicionamento, portanto, pretendendo não alargar o princípio da dignidade humana, se utiliza da democracia, da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político como referenciais mais concretos para a identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo.

⁵⁸³ Ver, uma vez mais, Jorge SALOMONI. **Teoría...**

⁵⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 109-110.

⁵⁸⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos...**

⁵⁸⁶ *Idem*.

Também nesta dimensão o direito ao serviço público consagra-se como direito fundamental⁵⁸⁷. Isto porque, cada um dos serviços públicos previstos na Carta Magna, desde a saúde e educação, até transportes, telecomunicações e correios, vinculam-se, diretamente, a um dos princípios fundamentais, notadamente ao da dignidade da pessoa humana, mas também ao da cidadania e ao da democracia, por exemplo.

Afinal, segundo Ingo Wolfgang SARLET, “boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação, etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado social de Direito”⁵⁸⁸.

E mais, consoante o que já se expôs, entende-se que não basta a previsão de tais serviços para que se assegure o acesso ao direito social garantido. É necessário, para a devida concretização dos princípios fundamentais, que tais serviços sejam prestados de maneira universal, contínua e com tarifas módicas. Por isso, parece inobjetable concluir que o regime jurídico do serviço público, que tem por núcleo básico os princípios antes citados, também deve ser reconhecido como direito fundamental.⁵⁸⁹

Neste sentido, Juarez FREITAS assevera que “serviço público ou universal, por ora, pode ser entendido como todo serviço considerado normativamente essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático...”⁵⁹⁰

Veja-se que a adoção de tal posicionamento não pretende comungar com a tese expansionista dos direitos fundamentais. Como já assentado na doutrina constitucionalista, tal leitura “poderia determinar uma inadequada compreensão da Constituição, eis que, efetivamente, nem tudo, no ordenamento jurídico, deve ou

⁵⁸⁷ Nesta esteira, também, Frank I. MICHELMANN refere que, dentre os direitos fundamentais podem constar “direitos à satisfação de certas necessidades ou exigências materiais, ou o respectivo acesso aos meios de sua satisfação.” (MICHELMANN, Frank I. Op. cit., p. 256).

⁵⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 110. Afirma ainda o autor que “é neste contexto que assumem relevo os demais princípios fundamentais, visto que, a exemplo da dignidade da pessoa humana, também cumprem função como referencial hermenêutico, tanto para os direitos fundamentais, quanto para o restante das normas da Constituição.” (Ibidem, p. 130).

⁵⁸⁹ Para a vinculação concreta dos princípios do serviço público adequado aos princípios fundamentais da Constituição verificar o último item do presente capítulo.

⁵⁹⁰ FREITAS, Juarez. **O controle...**, p. 288.

pode ser reconduzido aos direitos fundamentais”, entendimento que poderia levar à banalização⁵⁹¹ da fundamentalidade de tais direitos⁵⁹².

Ainda assim, longe de qualquer banalização, tem-se que se impõe reconhecer o direito ao serviço público como um direito fundamental. Com efeito, trata-se de instrumento essencial para a concretização dos direitos sociais. O serviço público adequado passa a ser exigência, então, do conjunto dos princípios estruturantes da Carta Magna. Isto porque, ao garantir aos cidadãos o devido acesso aos bens vinculados aos direitos sociais, a uma tarifa módica, de maneira universal e contínua, garante efetividade ao princípio do Estado Social, assegura as condições necessárias para a efetivação do princípio democrático, permite a consolidação da cidadania, garantindo com e por tudo isso, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

De tudo o que já se expôs é possível perceber que os serviços públicos, assim como seu regime jurídico, colocam-se perante os direitos sociais como mecanismos que permitem a tais direitos serem efetivados, tanto no plano de sua dimensão objetiva, quanto no da dimensão subjetiva.

Sabe-se que, pelo viés da dimensão objetiva “incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”⁵⁹³, formando, com isso, “a base de um ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático”⁵⁹⁴.

Nesta esteira, pode-se entender que através da prestação de serviços públicos, com a garantia da universalidade, da continuidade e da modicidade, é possível garantir a efetividade dos direitos sociais, consagrando, com isso, os princípios fundamentais previstos na Constituição.

⁵⁹¹ Sobre a banalização da dignidade da pessoa humana ver SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

⁵⁹² SCHIER, Paulo Ricardo. Novos... No mesmo sentido, Ingo Wolfgang SARLET afirma que “toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia, seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana) à condição de materialmente fundamental. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 130).

⁵⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 22.

⁵⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 32.

De igual modo, os serviços públicos poderão ser lidos como decorrência da dimensão subjetiva dos direitos prestacionais⁵⁹⁵.

Na dimensão subjetiva tem-se que os direitos fundamentais “determinam e asseguram a situação jurídica do particular em seus fundamentos”⁵⁹⁶, a qual se manifesta, então, na “constituição de posições jus-fundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva)”⁵⁹⁷. Deste modo, “enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados”⁵⁹⁸.

Com efeito, Clèmerson Merlin CLÈVE reconhece, no plano de tal dimensão, ao menos três funções⁵⁹⁹: a de defesa (“situam o particular em condição de opor-se à atuação do poder público em desconformidade com o mandamento constitucional”), a de prestação (“reclamam que o Estado coloque á disposição do particular, de modo igual, sem discriminação... os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento”)⁶⁰⁰ e a de não-discriminação⁶⁰¹.

Adotando tal perspectiva, o acesso ao serviço público é considerado um direito subjetivo do cidadão, especialmente atrelado à concretização dos direitos fundamentais, como afirma Adilson DALLARI⁶⁰².

⁵⁹⁵ Lembre-se da clássica classificação entre direitos de defesa e direitos prestacionais, já referida.

⁵⁹⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 230.

⁵⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 22.

⁵⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos...**, p. 32.

⁵⁹⁹ Classicamente, as funções dos direitos fundamentais foram estudadas e classificadas por JELLINEK, em sua teoria dos quatro *status*, a qual, em face dos limites da presente pesquisa, não será aqui desenvolvida. De qualquer maneira, ver, sobre tal teoria, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 182 e ss.. Na doutrina estrangeira, ver, por todos, em uma perspectiva crítica de tal teoria, ALEXY, Robert. **Teoría...**, p. 254 e ss.

⁶⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 23.

⁶⁰¹ J.J. Gomes CANOTILHO também faz referência à função antidiscriminatória dos direitos prestacionais, como a maneira pela qual “alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 410).

⁶⁰² “o direito ao uso dos serviços é um direito fundamental do cidadão” (DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, 1996, p. 215).

Assim, é da função de prestação que se origina a garantia dos serviços públicos, garantia esta que deve ser tomada em sentido técnico, reconhecendo-lhe a natureza de garantia fundamental.

Para tanto, será tomado como ponto de partida o entendimento de que as garantias fundamentais se apresentam como direito fundamental em sentido amplo, voltadas à proteção ou instrumentalização do exercício dos direitos ou liberdades fundamentais⁶⁰³.

Como se sabe, no âmbito das classificações de direitos fundamentais, tem-se a divisão entre direitos e garantias⁶⁰⁴ ou, ainda, entre direitos, liberdades e garantias⁶⁰⁵.

No seio da Constituição Portuguesa, Jorge MIRANDA estabelece um comparativo entre direitos e garantias:

os direitos representaram, só por si certos bens, enquanto as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas adjetivadas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos...⁶⁰⁶

Quanto à distinção entre liberdades e garantias, o mesmo autor assevera que, enquanto as liberdades assentam nos indivíduos, de maneira independente do Estado, as garantias implicam para o Estado uma atividade de relação com os indivíduos. Ressalta, ainda, que “as liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias modos de organização ou de atuação do Estado; as liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado.”⁶⁰⁷

⁶⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 187 e ss.

⁶⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; et alii. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 258. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 395.

⁶⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 395.

⁶⁰⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988. t. IV, p. 88-89.

⁶⁰⁷ Ibidem, p. 89.

As garantias fundamentais, nesta medida, seriam aqueles institutos que permitem a utilização de meios adequados para a defesa de direitos e liberdades.⁶⁰⁸ Institutos que permitem, assim, “estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.”⁶⁰⁹

Portanto, sem se ater à dicotomia entre garantias constitucionais e garantias institucionais⁶¹⁰, adota-se, na presente, o posicionamento de Paulo BONAVIDES, que, em uma perspectiva alargada das garantias constitucionais, afirma: “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício de direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.”⁶¹¹

Diante disso, pode-se reconhecer o serviço público, assim como o seu regime jurídico, como garantias fundamentais, porque é através de tal instituto, prestado de acordo com os princípios da universalidade, continuidade e modicidade de tarifas, que serão ofertados aos cidadãos os bens consagrados nos direitos sociais.

Portanto, o serviço público e o seu regime jurídico podem ser compreendidos como “derechos a que se implemente la organización y los procedimientos necesarios y adecuados para el disfrute de los derechos fundamentales.”⁶¹² Afinal, “tende a facilitar o exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos.”⁶¹³

Ingo Wolfgang SARLET também reconhece ao serviço público a natureza de garantia fundamental, posição que justifica na medida em que tal instituto “diz

⁶⁰⁸ QUEIROZ, Cristina. Op. cit., p. 178.

⁶⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 446.

⁶¹⁰ Não será abordado, no presente texto, a diferença entre garantias constitucionais, no sentido de garantias dos direitos e liberdades individuais e garantias institucionais, consideradas aquelas que a Constituição oferece como proteção a determinados institutos. O tema é tratado de maneira irretocável, no cenário nacional, por Paulo BONAVIDES (Ibidem, p. 446 e ss.).

⁶¹¹ Ibidem, p. 451 e ss.

⁶¹² ALEXY, Robert. **Tres...**, p. 36.

⁶¹³ DEBBASCH, Charles, citado por JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 25.

diretamente com a efetiva fruição dos direitos fundamentais na sua dupla dimensão negativa e positiva...”⁶¹⁴

Destarte, como garantias fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais⁶¹⁵.

Em face do recorte metodológico da presente tese, importa ressaltar, dentro do regime jurídico dos direitos fundamentais, a especial proteção que detém esta categoria de direitos, especificamente no que se refere às cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º, IV, da CF/88.

Tais cláusulas são estabelecidas com a finalidade precípua de manter o projeto delineado pelo Constituinte originário, protegendo, assim, o que a Constituição tem de essencial, aquilo que é capaz de marcar a sua identidade⁶¹⁶. Por isso, a sua eleição, pelo constituinte, atua como mecanismo de blindagem, impedindo que sejam modificados, pelo poder reformador, aqueles conteúdos tomados por essenciais para a Constituição.

Por isso, Ingo Wolfgang SARLET, na esteira do pensamento alemão, denomina as cláusulas pétreas de “cláusulas de eternidade”⁶¹⁷ e trata de tais cláusulas dentro do que denomina de eficácia protetiva dos direitos fundamentais⁶¹⁸.

As cláusulas pétreas, nesta medida, visam prevenir um processo de erosão da Constituição, com a “missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico.”⁶¹⁹ Pretendem, assim, proteger a Lei Fundamental do canto das sereias de governantes que tencionam ajustar os dispositivos da Constituição aos seus projetos de governo⁶²⁰.

⁶¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos..., p. 243.

⁶¹⁵ Até porque, no ordenamento pátrio, assim como em Portugal, não há diferença de regime jurídico aplicável aos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual fez-se tal digressão para caracterizar o serviço público e o seu regime jurídico como garantia fundamental por questão de preciosismo.

⁶¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 433.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 79.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 407.

⁶¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 209; MENDES, Gilmar Ferreira; *et alii*. Op. cit.

⁶²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 209. MENDES, Gilmar Ferreira; *et alii*. Op. cit.

Inicialmente, verifica-se que o referido dispositivo constitucional menciona “*direitos e garantias individuais*”. Contudo, apesar de ainda persistirem algumas poucas divergências doutrinárias no tema⁶²¹, pode-se defender como posicionamento majoritário aquele que admite, em uma interpretação sistemática, que os direitos políticos e sociais também integram o conjunto de direitos protegidos por tais cláusulas⁶²². Dentre todos os argumentos utilizados para reforçar tal entendimento, cabe a referência ao caráter teleológico das cláusulas pétreas.

Questão que merece análise, aqui, é justamente aquela referente à abrangência que deverá ser reconhecida a esta proteção jurídica reforçada, da qual gozam os direitos fundamentais.

Ora, se tais conteúdos são marcados pelo manto de uma proteção diferenciada com o fito de defender os traços essenciais da Constituição, não parece difícil sustentar que os direitos sociais, os de nacionalidade e os políticos traduzem a essência da República Federativa do Brasil, que adotou a forma de Estado Social e Democrático de Direito, tal como já ressaltado inúmeras vezes.

Assim,

constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das cláusulas pétreas⁶²³

Adotando tal entendimento, então, tem-se que são protegidos pelas cláusulas pétreas os direitos materialmente fundamentais. Abrange, assim, de acordo com o posicionamento antes adotado, os direitos contidos no Título II, da Carta Magna, os previstos em tratados internacionais e aqueles decorrentes dos princípios fundamentais⁶²⁴.

⁶²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Obra citada por BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro, 2008, p.198.

⁶²² Neste sentido já se posicionou o e. STF, no julgamento da ADI n. 939-DF.

⁶²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 433. No mesmo sentido, BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 202.

⁶²⁴ Segue-se, então, o posicionamento de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 446. Em sentido contrário, Rodrigo BRANDÃO afirma que tal interpretação trata-se de exegese excessivamente ampliativa do âmbito de proteção do art. 60, pa. 4º, I/v, da CF/88. Sustenta, então, que “ter-se-á na hipótese fundado risco de implantar verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”, vez que sujeitaria a geração atual a um amplíssimo rol de normas estatuídas pela geração

Em posição mais restritiva, Rodrigo BRANDÃO entende inseridos no art. 60, IV, § 4º, da CF/88, tão-somente “as liberdades fundamentais ligadas direta ou indiretamente à regularidade do processo democrático, o mínimo existencial, os direitos políticos e à nacionalidade, e os direitos difusos e coletivos.”⁶²⁵

De qualquer modo, resta referir, ainda, e aqui a questão é extremamente tortuosa, os contornos que a marca de cláusula pétrea delimita na regulamentação de tais direitos fundamentais, seja pelo constituinte reformador, seja pelo legislador infraconstitucional⁶²⁶.

De acordo com Gilmar Ferreira MENDES, as cláusulas pétreas manifestam-se como mecanismo de proteção do *núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário*, concedendo, assim, proteção diferenciada contra futuras reformas às normas que traduzem os seus princípios estruturas essenciais.⁶²⁷ Deste modo, “além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável deste projeto.”⁶²⁸

Porém, se por um lado tais cláusulas visam proteger a identidade da Constituição, também não se pode admitir uma interpretação extensiva de seus comandos, o que fatalmente ocasionaria a “petrificação”⁶²⁹ de todo o conteúdo constitucional. Não se pode olvidar, por certo, que a Constituição deve aprender com a realidade social, o que implica na atualização do conteúdo de suas normas diante

constituinte, muitas delas de caráter substantivo e despidas de uma especial dignidade normativa.” (BRANDÃO, Rodrigo. Op. Cit., p. 207).

⁶²⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op. Cit., p. 230.

⁶²⁶ A matéria remete à discussão sobre as restrições dos direitos fundamentais, matéria que será abordada através de uma exposição meramente panorâmica, sob o aspecto da proteção do núcleo essencial. Isto porque, relembre-se que a presente tese defende que o regime jurídico do serviço público, enquanto garantia fundamental (direito fundamental), está protegido pela cláusula do retrocesso social. Veja-se que as consequências a que se chegará defendendo tal tese são as mesmas que defendendo a natureza jurídica de direito fundamental ao serviço público e aplicando-se, a partir daí, os postulados teóricos que impedem a limitação de tais direitos por decorrência de sua imutabilidade, gravada como conteúdo de cláusula pétrea. Adotou-se, então, um outro caminho, mas que tem por fim exatamente o mesmo: proteger o regime jurídico do serviço público diante de alterações legislativas futuras. Na doutrina portuguesa, cabe a referência à obra de NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...**

⁶²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; *et alii*. Op. cit, p. 207 e ss.

⁶²⁸ Ibidem, p. 208. MENDES, Gilmar Ferreira. *et alii*. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

⁶²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 433.

das modificações pelas quais passa a sociedade, sempre afastada, é claro, a supressão, ainda que tendencial, dos conteúdos protegidos pelas cláusulas pétreas.

Parece acertado, então, admitir que o alcance das cláusulas pétreas se dá no que se refere ao núcleo básico, essencial, dos direitos por ela protegidos, imunizando tal conteúdo contra futuras alterações. Afinal, “por majoritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.”⁶³⁰ Ou seja, há de se eleger um referencial que permita afastar a hipótese de “erosão dos direitos fundamentais por intervenções legislativas abusivas”⁶³¹ mas que, ao mesmo tempo, possa tolerar “eventuais restrições, desde que não-invasivas do cerne do direito fundamental.”⁶³²

Na seara do direito constitucional, muito se tem discutido sobre a definição do que seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais⁶³³, considerado como limite imanente às restrições⁶³⁴, o ‘limite dos limites’⁶³⁵.

Na Lei Fundamental Alemã, a proteção ao núcleo essencial é tratada como princípio, expressamente previsto em seu art. 19, II. Também está presente na

⁶³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 36.

⁶³¹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 276.

⁶³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 434.

⁶³³ A discussão, aqui, toma por pano de fundo as restrições aos direitos fundamentais. Deste modo, para identificar o que poderá ser restringido pela norma restritiva, os autores, com esteio na hermenêutica constitucional, dividem-se entre a teoria interna e a teoria externa. Assim, a teoria interna, “considera corolário lógico dos conceitos de rigidez e de supremacia constitucional a negativa da possibilidade de o legislador imprimir efetivas restrições aos direitos fundamentais...” (BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 243). Entendem que cabe ao legislador, destarte, “configurar os direitos fundamentais, especificando-os dentro do conteúdo constitucionalmente previsto.” Só caberá restrição, então, quando a própria Constituição autorizar. Pressupõe-se, por isso, um direito com conteúdo previamente definido pela Constituição. A análise da validade da norma restritiva se dá, nesta teoria, em face do cotejo do conteúdo da restrição diante do conteúdo aparente do direito e, depois disso, do conteúdo verdadeiro de tal direito. “Não há que se falar, portanto, em recortes ao conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental impostos por outros direitos ou princípios (limites externos), mas apenas de limitações intrínsecas aos direitos (limites internos ou imanentes), que excluem determinadas situações do seu âmbito de proteção” (Ibidem, p. 244) Já as teorias externas admitem que o conteúdo *prima facie* do direito oferece um conteúdo que poderá ser restringido em face da prevalência, em um caso concreto, de outros direitos ou preceitos fundamentais – âmbito dos limites externos. A restrição, portanto, aqui, decorre de um raciocínio ponderativo, nos limites dos casos concretos. Ver, sobre o tema, BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit, p. 250 e ss.

⁶³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos...**, p. 34.

⁶³⁵ Idem.

Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 18, III, assim como na Constituição Espanhola de 1978, em seu art. 53, I.

Gilmar Ferreira MENDES considera que a previsão expressa de tal princípio acaba tratando-se de preocupação exacerbada dos constituintes, já que “a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas.”⁶³⁶

Para o autor, então, a proteção ao núcleo essencial destina-se “a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.”⁶³⁷

Pressupõe-se, assim, que os direitos fundamentais possuem um mínimo de conteúdo constitucionalmente assegurado e protegido contra futuras alterações, tanto pelo constituinte reformador, quanto pelo legislador infraconstitucional⁶³⁸. Trata-se, então, de um referencial que vincula materialmente a atividade legislativa e o constituinte reformador, impedindo, aí, sua atuação.

De qualquer forma, cabe pontuar que há divergências na doutrina quanto ao próprio âmbito de abrangência e função do núcleo essencial. Assim, dividem-se os autores entre aqueles que entendem o núcleo como um elemento que indica a necessidade de uma justificação nas restrições dos direitos (teoria relativa) e aqueles outros que admitem que o núcleo essencial constitui-se como uma garantia absoluta, que não poderá ser afetada (teoria absoluta)⁶³⁹.

⁶³⁶ Ibidem, p. 35.

⁶³⁷ Idem.

⁶³⁸ Entende-se, aqui, na esteira do pensamento de Konrad HESSE, que o núcleo essencial abrange tanto a dimensão subjetiva quanto a objetiva do direito fundamental, protegendo-se, com isso, interferência legislativa tanto na regulação objetiva, em abstrato, do direito, quanto na posição jusfundamental em concreto. (HESSE, Konrad. Op. cit., p. 268). No cenário nacional ver, sobre as dimensões de abrangência do núcleo essencial, a obra: SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 185 e ss.

⁶³⁹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 278. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA pontuam da seguinte maneira a questão: “Problema é o de saber se o conteúdo essencial é uma realidade de natureza absoluta ou relativa, isto é, se só pode conhecer-se em cada caso concreto, mediante uma ponderação de bens ou interesses concorrentes (conteúdo relativo) ou se ele possui substancialidade própria, delimitável independentemente da colisão de interesses verificada no caso concreto (conteúdo absoluto).” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 395). Virgílio Afonso da SILVA faz um interessante inventário das teorias do mínimo essencial, distinguindo, ainda, especificamente em relação à teoria absoluta, aquelas que defendem um conteúdo essencial absoluto-dinâmico (que seria alterado com a passagem do tempo) e as que postulam por um

Na teoria absoluta, portanto, admite-se a existência de aspectos nos direitos fundamentais que poderão ser objeto de regulação, aspectos estes que convivem com um chamado núcleo duro que impede qualquer atuação do legislativo ou do constituinte reformador. Este núcleo, então, “não admite qualquer tipo de restrição, sob pena de perda do sentido útil do direito respectivo.”⁶⁴⁰ Deve ser entendido, portanto, “como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito.”⁶⁴¹

Ainda que em um primeiro momento a fixação de um núcleo duro do direito fundamental, cujo conteúdo seja imutável e guarde proteção contra qualquer alteração posterior, possa parecer uma alternativa mais condizente com a salvaguarda de tais direitos, esta opção não parece resistir a maiores críticas.

Com efeito, sem fazer qualquer digressão no campo da hermenêutica constitucional, a identificação do núcleo duro dos direitos não parece ser uma tarefa fácil para o intérprete. Como assevera Jorge Reis NOVAIS, “a tarefa de distinção substancialista, dentro do âmbito de protecção de cada direito fundamental, entre os elementos que seriam aureolares ou acidentais não é, pura e simplesmente, exeqüível...”⁶⁴²

Portanto, faz-se necessário perquirir quais seriam os mecanismos metodológicos adequados para a fixação do núcleo essencial.

Além disso, tal teoria não forneceria subsídios para explicar as hipóteses de cedência integral de um direito em relação a outro⁶⁴³.

Pretendendo ultrapassar tais questões, a teoria relativa admite o núcleo essencial como o resultado da ponderação,⁶⁴⁴ “o qual não pode equacionar-se senão em confronto com outro bem,”⁶⁴⁵ ainda que, em relação à ponderação, não se admita a aniquilação do direito fundamental⁶⁴⁶.

conteúdo essencial absoluto-estático (intangível e imutável). SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 188-189.

⁶⁴⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 279. Citando BOROWSKI, o autor afirma que o núcleo essencial é “um núcleo fixo que independe de ponderação” (Idem).

⁶⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Manual...**, p. 341.

⁶⁴² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...**, p. 788.

⁶⁴³ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 280.

⁶⁴⁴ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 288.

Assim, serão as condições fáticas e as possíveis colisões entre princípios que determinarão o conteúdo do núcleo essencial, em cada caso apreciado. Admitir tal teoria implica em dizer, desta maneira, que “o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.”⁶⁴⁷

Contudo, também não faltam críticas à teoria relativa. No cenário nacional, desponta o pensamento de Rodrigo BRANDÃO que afirma que de acordo com os postulados de tal teoria, o núcleo essencial não passaria de um ‘fantasma’ de proteção, já que qualquer restrição legislativa seria admitida⁶⁴⁸. De forma contundente refere que

a negativa de vinculação do legislador a um núcleo mínimo de sentido preestabelecido constitucionalmente atentaria contra as noções de rigidez e de supremacia da Constituição, porquanto conferiria ao legislador o poder de restringir ilimitadamente os direitos fundamentais, os quais perderiam completamente o seu efeito vinculante em face do Parlamento.⁶⁴⁹

Além disso, para o autor o Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que o legislador encontra-se materialmente vinculado a um “núcleo mínimode sentido dos direitos fundamentais”, o que poderá ser definido a partir do texto constitucional⁶⁵⁰.

Vieira de ANDRADE, avançando na teoria absoluta e também crítico da teoria relativa, encontra na dignidade da pessoa humana o mínimo essencial de todos os direitos fundamentais. Assim, afirma que “a idéia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto ao poder de restrição.”⁶⁵¹

⁶⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 395.

⁶⁴⁶ Idem.

⁶⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 196.

⁶⁴⁸ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 280.

⁶⁴⁹ Idem

⁶⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 282. Ver, sobre o tema, BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

⁶⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit.; SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 192.

Porém, na esteira do pensamento de Virgílio Afonso da SILVA, a teoria relativa do núcleo essencial, segundo a qual o seu conteúdo será definido no caso concreto, mediante um juízo de ponderação, é consequência lógica da adoção da chamada *teoria dos princípios*⁶⁵². Ao que parece, é este o entendimento que desponta quando se sustenta que a Constituição é um sistema aberto, formado por regras e princípios, que se organizam mediante unidade hierárquico-axiológica.

Além disso, a adoção da técnica da ponderação, na teoria relativa, obriga que as decisões sejam fundamentadas, o que permite maior controlabilidade dos conteúdos tomados como essenciais, nos diferentes casos concretos⁶⁵³. Nesse sentido, “restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial”⁶⁵⁴

Observa-se, então, que tal discussão apresenta-se como um antecedente para a tese sustentada. Com efeito, o objetivo é oferecer sustentáculos de proteção do regime jurídico do serviço público, tomado enquanto garantia fundamental, em face do legislador futuro.

Assim, adotando-se a exigência de manutenção do núcleo essencial do direito, em face das cláusulas pétreas, consagra-se uma maneira de proteger, também, o núcleo do regime jurídico do serviço público.

Porém, com a adoção da teoria relativa de determinação do núcleo essencial, seria possível admitir, em alguma hipótese em concreto, que, diante de determinadas circunstâncias fáticas, os princípios do regime jurídico do serviço público, tomados *prima facie* como núcleo essencial de tal garantia fundamental, pudessem ceder. Deste modo, ainda que sem defender a sua cedência integral, a universalidade poderia sucumbir em função de algum outro princípio de maior preponderância naquela ocasião.

Por tal razão, também parece necessário proteger o conteúdo de tal regime jurídico através da cláusula de proibição de retrocesso social, naquilo que se referir ao mínimo existencial.

⁶⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 184.

⁶⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 198.

⁶⁵⁴ Idem.

Como se percebe, o núcleo essencial do direito fundamental ao regime jurídico do serviço público oferece os limites para a atuação legislativa nesta matéria, diante da discussão do alcance das cláusulas pétreas, mas com um conteúdo passível de ponderação.

A definição de um mínimo existencial, assim, funciona como um vetor dirigido à inclusão social, o qual deverá ser observado para encontrar, no regime jurídico do serviço público, definido pela legislação infraconstitucional, o conteúdo a ser protegido pela cláusula de retrocesso social.

Por certo, também nesta hipótese não se estará diante de um conteúdo absoluto e isento de ponderação, mas acredita-se que a vinculação ao mínimo existencial é capaz de oferecer ainda maiores subsídios no sentido de garantir a máxima efetividade dos direitos sociais manejados através do serviço público adequado.

3.2 O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

A preocupação que norteia a presente tese, como já delineado em todos os tópicos precedentes, é conferir uma especial proteção ao regime jurídico do serviço público, previsto no art. 6º, § 1º, da Lei 8987, de 1995, inclusive em relação à atividade legislativa futura. Isto porque, como já enunciado, acredita-se que a efetivação dos direitos sociais instrumentalizados por tais serviços só será possível se tal atividade for prestada de forma universal, contínua e com tarifa módica, consagrando-se, assim, o núcleo essencial do regime jurídico previsto no citado dispositivo legal.

Destarte, em uma primeira abordagem, tomou-se tal regime jurídico como garantia fundamental, leitura possível a partir da cláusula de abertura do art. 5º, pa. 2º, da CF/88. Assim caracterizado, seu regime jurídico já contaria com uma especial proteção, inclusive gozando do *status* de cláusula pétrea. Tal leitura, como visto, funciona como cláusula de blindagem, impedindo sua supressão futura, ao menos até o advento de uma nova Constituição.

Como consequência, na regulamentação dos diversos serviços públicos desponta a vinculação positiva do núcleo essencial do seu regime jurídico, impondo-se, desta maneira, o respeito aos princípios da universalidade, modicidade e continuidade pelo legislador, mormente nos aspectos referentes ao mínimo existencial, cujo conteúdo será adiante tratado.

Todavia, há quem rejeite a tese de que o regime jurídico do serviço público trata-se de garantia fundamental porque sua previsão encontra-se na legislação infraconstitucional.

Ainda assim, é possível proteger o seu conteúdo contra a ação do legislador futuro, mediante a aplicação da cláusula de proibição de retrocesso social, a qual tem sido compreendida como mecanismo apto a ampliar a proteção dos direitos fundamentais⁶⁵⁵.

Na seara do Direito Constitucional entende-se por retrocesso social a negativa de conquistas sociais consagradas pela legislação infraconstitucional, através de sua revogação⁶⁵⁶. Acredita-se, deste modo, que as leis cujos conteúdos densificam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam o alcance de tais direitos, permitindo a sua máxima efetividade, razão pela qual deverão ser protegidas em face do legislador futuro.

A vedação do retrocesso, então, populariza-se no cenário nacional a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, notadamente em face das inúmeras normas constitucionais que ampliam o catálogo de direitos fundamentais de cunho econômico e social⁶⁵⁷ mediante normas de eficácia limitada. Com efeito, o constituinte de 1988 conferiu ao legislador infraconstitucional a deferência para

⁶⁵⁵ Sobre o tema, conferir, além das obras antes citadas de CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 338 e ss.; MIRANDA, Jorge. **Manual...**, SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos...** e BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia...**, p. 68 e ss., exemplificativamente.

⁶⁵⁶ Em uma perspectiva mais restrita, Felipe DERBLI assevera que “o retrocesso social se traduz no descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentam as normas constitucionais definidoras de direitos sociais.” Ou, ainda, “quando for suprimida a concretização legal de uma garantia institucional...” (DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 433-495; p. 494).

⁶⁵⁷ Entende-se que a positivação dos direitos sociais “representa o principal mecanismo de vinculação do legislador ao programa de transformação social contido na Constituição de 1988. Em outras palavras, o compromisso constitucional brasileiro de busca da justiça social reconheceu a jusfundamentalidade dos direitos sociais, gravando-os com a cláusula de irrevogabilidade do art. 60, § 4º, inciso IV.” (Ibidem, p. 440).

explicitar o conteúdo das normas constitucionais que definem tais direitos, permitindo, assim, o seu gozo pela coletividade, visando, em último plano, a promoção da justiça social. Destarte, a regulamentação de tais direitos, vinculada à sua concretização no plano da realidade, estará protegida contra a ação do legislador futuro, de maneira que não seja possível retroceder nas conquistas já asseguradas.

É um tema que decorre, assim, da busca pela máxima efetividade das normas consagradoras de direitos fundamentais, principalmente aquelas de cunho social, efetividade que se aperfeiçoa mediante atividade integradora do legislador ordinário.

A partir dessa noção, a cláusula de proibição de retrocesso funciona como instrumento que permite proteger a regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais. Ou seja, a partir de sua aplicação, entende-se que o conteúdo das leis que concretizam tais direitos não poderá ser validamente revogado sem substitutivos compensatórios. E, por via de consequência, “não se poderá admitir que o legislador venha a reduzir, ao menos de forma arbitrária ou desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social.”⁶⁵⁸

A partir daí desponta a idéia de que as leis que regulamentam os direitos fundamentais previstos na Carta Magna criam direitos subjetivos, na exata dimensão estabelecida pelo legislador, dimensão esta protegida contra qualquer redução arbitrária⁶⁵⁹.

Veja-se que a proibição de retrocesso, nesta esteira, atua como complemento necessário capaz de aperfeiçoar o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Conforme já exposto, tais direitos, em sua dimensão objetiva, consagram os valores essenciais de uma sociedade e impõem, com isso, a sua irradiação para os demais campos do Direito⁶⁶⁰. Assim, não só se caracterizam como direitos públicos subjetivos, mas também vinculam e influenciam as relações jurídicas travadas no

⁶⁵⁸ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 434.

⁶⁵⁹ Idem.

⁶⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

seio do ordenamento⁶⁶¹. Ademais, pelo manto da cláusula pétrea, gozam de especial proteção em face de eventuais alterações posteriores, decorrentes da atividade do constituinte reformador ou do legislador infraconstitucional. Ainda, por determinação expressa da Constituição, têm assegurada sua máxima efetividade, impondo-se, assim, ao legislador, o dever de assegurar as devidas prestações, no que se refere aos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. E, para completar tal quadro protetivo, apresenta-se a cláusula de proibição de retrocesso, que implica que o conteúdo da legislação infraconstitucional, editada para conferir efetividade às normas constitucionais, estará, por tal motivo, protegido contra sua supressão futura, sob pena de retorno a uma situação de omissão inconstitucional⁶⁶².

Tem-se, assim, em uma primeira aproximação, que “não basta que o legislador tenha competência para minudenciar o conteúdo das normas constitucionais que definem direitos sociais se, posteriormente, puder eliminar, pura e simplesmente, a regulamentação efetuada, recriando uma indesejável situação de vácuo normativo.”⁶⁶³

Tal construção só parece possível no ambiente do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a cláusula de vedação do retrocesso visa ampliar o alcance da segurança jurídica⁶⁶⁴ e da proteção da confiança⁶⁶⁵, fornecendo subsídios para que os cidadãos possam confiar nas instituições, gozando, ainda, de certa estabilidade diante do ordenamento⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ Idem.

⁶⁶² “Vale dizer: é ilegítimo o retorno a uma situação de omissão inconstitucional, após ter havido a regulamentação do direito.” (BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 8).

⁶⁶³ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 434.

⁶⁶⁴ Na esteira da doutrina alemã, Ingo Wolfgang SARLET considera a segurança jurídica como elemento do Estado de Direito, podendo ser compreendida como subprincípio concretizador de tal princípio. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 440).

⁶⁶⁵ “impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente.” (Ibidem, p. 456).

⁶⁶⁶ Ibidem, p. 441.

Em um sentido amplo, então, a proibição de retrocesso social pode ser identificada, nos diversos ordenamentos contemporâneos, pela proteção conferida a diversos institutos que se voltam a proteger um determinado direito, ou situação jurídica, diante de medidas retroativas. É o caso do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e das limitações constitucionais quanto à restrição, direta ou tendencial, de direitos fundamentais⁶⁶⁷.

Porém, como ressalta Ingo Wolfgang SARLET, há casos em que se faz necessária a proteção contra medidas retrocessivas, que não são propriamente retroativas - porque não alcançam posições jurídicas consolidadas -, mas que implicam na diminuição do patrimônio jurídico dos cidadãos⁶⁶⁸. É este o sentido restrito da cláusula em estudo.

Entende-se, nesta esteira, que “uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, ao instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.”⁶⁶⁹

Busca-se, portanto, com a proibição do retrocesso, limitar a atuação do legislador futuro para que seja mantido o nível de proteção social já consagrado, preservando as conquistas sociais, visando impedir, com isso, a “frustração da efetividade constitucional”⁶⁷⁰.

Segundo Ingo Wolfgang SARLET, a proibição de retrocesso social decorre do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, o que, por seu turno, “exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo.”⁶⁷¹

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal atribui à proibição a natureza de princípio decorrente do direito fundamental à propriedade⁶⁷². Admite-se,

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 443.

⁶⁶⁸ Idem..

⁶⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 158.

⁶⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 456.

⁶⁷¹ Ibidem, p. 455.

⁶⁷² “direitos subjetivos a prestações sociais também constituem ‘propriedade’ no sentido constitucional, com a consequência de gozarem da correspondente tutela jusfundamental.” SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET,

assim, que as condições materiais mínimas para uma vida com dignidade integram o patrimônio dos cidadãos, o qual deverá contar com uma especial proteção⁶⁷³.

Com esteio no pensamento de Bernd SCHULTE, a proibição do retrocesso social decorre, naquele país, da interpretação sistemática do princípio da retroatividade das leis conjugado com o mandamento da proteção da confiança⁶⁷⁴. Nesta medida, sustenta o autor que os direitos subjetivos públicos a prestações sociais, incluindo as expectativas de direitos, gozarão, sob determinados pressupostos, daquilo que o autor denomina de “blindagem das garantias do Estado Social”, por estarem abrangidos pelo âmbito de proteção do art. 14, da Lei Fundamental, que trata do direito de propriedade⁶⁷⁵.

A incidência de tal princípio, contudo, de acordo com os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão, será restrita e só caberá se (i) houver correspondência entre a prestação social e a contraprestação de seu titular (ii) tratar de posição jurídica de fruição do próprio titular e (iii) a fruição do direito permitir a existência de seu titular⁶⁷⁶.

Fica claro, diante de tais requisitos, que, no âmbito do direito germânico, não estão protegidas pelo princípio da vedação do retrocesso as hipóteses em que a prestação jusfundamental decorre da solidariedade social, como sucede com aquelas que são diretamente financiadas pelos impostos⁶⁷⁷.

Tal concepção não serve, portanto, aos propósitos da tese aqui sustentada. Isto porque, pretende-se a aplicação da proibição de retrocesso social na

Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301-332; p. 322.

⁶⁷³ Ibidem, p. 307.

⁶⁷⁴ Ibidem, p. 311.

⁶⁷⁵ SCHULTE, Bernd. Op. cit., p. 311. Felipe DERBLI chama atenção para o fato de que na Alemanha faz-se referência ao art. 14, da LF, que se refere ao direito de propriedade, porque a Constituição Alemã não consagra direitos fundamentais sociais, “pelo que tratou a jurisprudência de procurar outras formas de proteção, em esfera constitucional, dos direitos sociais previstos em sede de lei.” (DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 466).

⁶⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso social e a garantia fundamental da propriedade. **Revista de direito social**, n. 3, 2001, p. 135. No mesmo sentido, SCHULTE, Bernd. Op. cit., p. 322.

⁶⁷⁷ SCHULTE, Bernd. Op. cit., p. 323.

regulamentação infraconstitucional dos serviços públicos, os quais, por vezes, serão subsidiados – integral ou parcialmente – mediante financiamento público (impostos).

Sob pressupostos menos rígidos, Portugal trata da proibição do retrocesso social. Cite-se, por ser paradigmático em tal país, o Acórdão 39/84, de 11.04.84. Nesta ocasião, o Tribunal Constitucional, com esteio no voto do Ministro Vital Moreira, determinou a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social como fundamento para declarar a inconstitucionalidade do art. 17º, do Decreto 254/82, por estabelecer a substituição do Sistema Nacional de Saúde por administrações regionais⁶⁷⁸.

A partir de tal julgado, a doutrina portuguesa também vem tratando da matéria, atribuindo a natureza de princípio à cláusula de proibição de retrocesso social. De acordo com J. J. Gomes CANOTILHO, “os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”⁶⁷⁹.

Na esteira do pensamento de tal autor, acompanhado por Jorge MIRANDA⁶⁸⁰ e José Carlos Vieira de ANDRADE⁶⁸¹, o princípio da proibição de retrocesso encontra sua justificativa na proteção da confiança dos cidadãos e do núcleo essencial dos direitos sociais⁶⁸².

No Brasil, Ingo Wolfgang SARLET e Felipe DERBLI, atribuem à proibição de retrocesso a natureza de princípio constitucional fundamental implícito. Para o autor gaúcho, tal preceito decorre tanto do princípio do Estado de Direito, quanto do Estado Social⁶⁸³. Já o professor carioca sustenta que se trata de princípio implícito de carácter retrospectivo, “na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária.”⁶⁸⁴

⁶⁷⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Acórdãos do Tribunal Constitucional de Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1984. v. 3, p. 85-131.

⁶⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 338-9.

⁶⁸⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual...**, p. 397.

⁶⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 391.

⁶⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 337.

⁶⁸³ Aqui, “na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social já alcançados...” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 459).

Luís Roberto BARROSO, de igual maneira, sustenta tratar-se a vedação de retrocesso de princípio constitucional implícito, que impede a supressão arbitrária de um direito instituído por lei⁶⁸⁵.

Ainda na escassa doutrina nacional sobre o tema, ressalte-se importância ao trabalho de Ana Paula de BARCELLOS que, no que toca com a natureza jurídica atribuída à proibição de retrocesso, discorda dos autores antes citados. Afirma, assim, que tal vedação trata-se de uma modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais, notadamente dos princípios constitucionais⁶⁸⁶.

Já em outro texto, escrito em parceria com Luís Roberto BARROSO, conclui a autora que a proibição do retrocesso importa em invalidade de norma que, a pretexto de regulamentar direitos fundamentais, anule ou restrinja o âmbito de proteção já conferido por lei anterior, nos casos em que a nova lei não “seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”⁶⁸⁷.

Tomada, assim, como princípio, a vedação do retrocesso social terá como núcleo essencial a proibição de que o legislador infraconstitucional revogue lei que, ao densificar direitos fundamentais, tenha criado, para os cidadãos, situações de vantagem capazes de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais.

Busca-se, com tal princípio, criar “a obrigatoriedade da observância, pelo legislador, do grau de concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais, de modo a que não se retorne, pela via comissiva, a um grau anterior de ausência inconstitucional da legislação regulamentadora”, como ressalta Felipe DERBLI⁶⁸⁸.

Das considerações do autor ressaltam dois aspectos que ainda devem ser abordados: a espécie de direitos fundamentais cuja regulamentação infraconstitucional poderá ser protegida pelo princípio da proibição do retrocesso e as hipóteses em que tal princípio incidirá.

⁶⁸⁴ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 464.

⁶⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito...**, p. 158.

⁶⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**

⁶⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2003, p. 370.

⁶⁸⁸ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 470.

Quanto ao primeiro aspecto, note-se que há alguma divergência na doutrina nacional. Assim, Ingo Wolfgang SARLET, Ana Paula de BARCELLOS e Luís Roberto BARROSO sustentam que o princípio da proibição de retrocesso será aplicado na regulamentação infraconstitucional de todos os direitos fundamentais. Justifica-se tal posicionamento pelo fato de que tal princípio decorre, como antes referido, da máxima efetividade que deve ser conferida aos direitos fundamentais, característica que, por certo, não pode ser restrita aos direitos de cunho social.

Felipe DERBLI, por sua vez, restringe a aplicação do princípio às normas que condensarem direitos fundamentais sociais. Segundo ele, quanto aos direitos de primeira geração ou dimensão, não caberia falar de retrocesso social porque “a lei normalmente não servirá à concretização de um direito de liberdade ou de um direito política, já suficientemente dotado de densidade normativa em termos constitucionais. A idéia de proibir o retorno na concretização, portanto, é, na maioria das vezes, logicamente incompatível.”⁶⁸⁹

Entende-se, porém, que tal posicionamento não se coaduna com os pressupostos que norteiam a compreensão do princípio da vedação do retrocesso social. Com efeito, no entendimento do autor citado, não seria admitida a aplicação da vedação do retrocesso nos chamados direitos de liberdade. Sem qualquer aprofundamento do tema, até porque não traz maior aplicabilidade para a matéria dos serviços públicos, veja-se que sua posição parece insustentável. Pensando em um caso bem pueril, imagine-se a edição de uma lei que, regulamentando o direito dos presos, estabelece as condições mínimas que devem ser observadas em um presídio. Tal regulamentação trataria, por exemplo, do número de presos em cada cela, do número de refeições que devem ser servidas diariamente, do direito a visitas de seus familiares, do direito de permanecer um determinado tempo da semana ao ar livre, do número máximo de dias que os detentos podem ser conduzidos à malfadada “solitária”.

Difícilmente tal regulamentação será reconhecida como direito fundamental fora do catálogo – até em face da resistência da doutrina nacional em adotar um caráter mais amplo para a cláusula de abertura do art. 5º., pa. 2º. Ainda assim, em face da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social, na perspectiva aqui adotada, não é demasiado pensar que tais direitos passarão a integrar o patrimônio

⁶⁸⁹ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 485.

jurídico dos presos, protegidos diante da legislação futura, porque concretizam a sua dignidade, ainda que de maneira limitada dadas as peculiaridades de sua condição. Tal entendimento não seria possível se o princípio da proibição do retrocesso social só tivesse aplicação em face dos direitos sociais porque, nem todas as regras previstas na hipotética legislação poderiam ser tomadas por regulamentação de direitos sociais, estando muito mais relacionadas à proteção do direito à vida digna.

De qualquer modo, como se disse, para a compreensão do tema com o recorte da presente tese, adotando-se um outro posicionamento, é certo que é possível sustentar a incidência do princípio da proibição de retrocesso à regulamentação dos serviços públicos, já que tal instituto se caracteriza como instrumento de concretização de direitos sociais.

Ainda assim, cabe ainda uma pequena observação quanto às hipóteses em que o princípio sob enfoque incidirá.

No magistério de Felipe DERBLI, o princípio da proibição do retrocesso só deverá ter sua aplicação reconhecida nos casos em que a Constituição Federal determina uma imposição legiferante. Assim, tal princípio justifica-se porque, revogando-se a legislação que existe e que condensa o direito fundamental, sem a criação de mecanismos compensatórios, estar-se-á diante de uma omissão inconstitucional. A inconstitucionalidade da nova norma, assim, se dá para prevenir o advento da omissão inconstitucional⁶⁹⁰.

Há ainda outra hipótese em que, sem embargo de não haver, de per si, uma imposição legiferante, a atividade infraconstitucional, ao promover a densificação de direitos constitucionais, estabelece situações de vantagem que se relacionam diretamente com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nestes casos, a aplicação da proibição do retrocesso deverá ser justificada através da argumentação de que tais situações de vantagem passam a integrar o patrimônio jurídico civilizatório conquistado e, por isso, serão especialmente protegidas⁶⁹¹.

Em tal hipótese, a vinculação de tal conteúdo ao núcleo essencial do direito fundamental, de um lado, e ao mínimo existencial, de outro, permite dizer que a vedação de retrocesso social é uma exigência que decorre diretamente dos princípios fundamentais, notadamente da dignidade da pessoa humana.

⁶⁹⁰ Ibidem, p. 476.

⁶⁹¹ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.

De qualquer modo, na presente tese tal discussão não oferece maiores consequências porque, no que tange com a disciplina dos serviços públicos, a mera previsão no texto constitucional de tais atividades dentre as competências dos entes federativos já impõe a eles o dever de legislar.

Do exposto, parece indubitável reconhecer a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social ao regime jurídico do serviço público, na medida em que sua regulamentação permite aos cidadãos a plena fruição de direitos sociais – na hipótese de não ser reconhecido a tal regime a natureza jurídica de garantia fundamental, como antes assentado.

Assim, retome-se uma vez mais que o art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal, faz expressa referência à Lei que disporá sobre o serviço adequado, assegurando à coletividade o direito ao serviço público adequado.

Como já inúmeras vezes citado, tem-se que, regulamentando tal dispositivo, o legislador ordinário editou a Lei nº 8987/95, que, por sua vez, no art. 6º, §1º, trouxe o conceito de serviço adequado como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Defende-se, nesta medida, que, quando o legislador infraconstitucional definiu o serviço público adequado criou, para os cidadãos, o direito subjetivo de que o Estado o preste, diretamente ou por meio de seus delegados, de forma regular, contínua, segura e eficiente, genericamente a todos os interessados e com modicidade de tarifas. Limitou-se, com isso, a liberdade do legislador futuro de dispor de forma diferente nesta matéria.

A tais conclusões pode-se chegar sob duas ordens diferentes de argumentação, ambas aqui já desenvolvidas. Num primeiro enfoque, é possível conferir tal proteção ao regime jurídico do serviço público como consequência do seu reconhecimento enquanto cláusula pétrea, admitindo-se a sua natureza de direito-garantia fundamental. Já sob outra perspectiva, em não se admitindo a fundamentalidade do regime jurídico do serviço público, é possível reconhecer a cláusula de blindagem mediante a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social.

De todo modo, a aplicação de tal princípio deve ser feita com temperamentos.⁶⁹²

Com efeito, não se trata de defender a existência de leis irrevogáveis ou de conteúdo imutável⁶⁹³. Afinal, a autonomia do legislador é assegurada na Carta Constitucional, integrando aquilo que Andréas Joachim KRELL denomina de “livre espaço de conformação do legislador”⁶⁹⁴, até como exigência do princípio democrático.

De qualquer modo, parece possível admitir que determinados conteúdos definidos pelo legislador ordinário, acabam por alcançar um grau de consenso social tal que são aceitos pela sociedade como complemento necessário dos direitos fundamentais previstos na Constituição⁶⁹⁵.

Como pontua J. J. Gomes CANOTILHO, o nível de densificação produzido na norma infraconstitucional é tomado, pela sociedade, como condição da plena realização do direito fundamental, razão pela qual se justifica a sua imposição diante da atividade legislativa futura⁶⁹⁶.

Com base na doutrina portuguesa, Felipe DERBLI ressalta, assim, que a restrição à liberdade do legislador deve ser feita de maneira excepcional, quando realmente houver um consenso profundo em relação ao direito previsto na legislação ordinária⁶⁹⁷. Ou seja, tomando-se por empréstimo as conclusões de Jorge MIRANDA, o autor ratifica a idéia de que “a médio ou a longo prazo, o não

⁶⁹² Ingo Wolfgang SARLET também rechaça o caráter absoluto da proibição de retrocesso, ressaltando a necessidade de se preservar a autonomia no exercício da função legiferante. Afirma, assim, que “o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia... resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social... (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 461).

⁶⁹³ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.

⁶⁹⁴ KRELL, Andréas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 243. Com base nesse argumento, o autor refuta a proibição de retrocesso, afirmando que “a aplicação dessa teoria levaria a uma proteção maior dos direitos fundamentais sociais do que dos de liberdade, em que uma diminuição dos direitos do indivíduo – para defender interesses públicos urgentes (ex.: segurança) – não é, por si, proibida. KRELL, Andréas Joachim. Op. cit., p. 257.

⁶⁹⁵ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.

⁶⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição...**, p. 411-413.

⁶⁹⁷ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.

retrocesso social não se garante tanto através de medidas jurídicas quanto através da sua sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”⁶⁹⁸

Isto porque, é certo que a Constituição “precisa conservar permanente diálogo com a realidade para que se mantenha a sua capacidade de conformação social, para tanto, é indispensável que se admita a sua evolução.”⁶⁹⁹

Destarte, tomando-se por um lado a necessária proteção aos conteúdos dos direitos fundamentais densificados pela legislação ordinária, mas também a inafastável deferência ao legislador na regulamentação das normas constitucionais – guardados, evidentemente, os limites decorrentes das restrições dos direitos fundamentais –, parece prudente estabelecer os limites de aplicação do princípio da proibição de retrocesso social.

Por certo, concedendo-se a tal cláusula a natureza de princípio, sua aplicação dependerá de um juízo de ponderação em cada caso concreto. Porém, não se pode furtar ao ônus argumentativo que implica na definição do núcleo essencial do princípio, o que importa, certamente, na definição de seus limites.

Admite-se, então, diante de tudo que já se expôs, que o núcleo essencial do princípio em questão reside na proibição dirigida ao legislador ordinário de revogar normas cujos conteúdos tenham condensado direitos fundamentais. Ademais, para incidir tal proteção, é necessário que tais conteúdos gozem de uma aceitação geral e, ainda, devem estar referidos, por sua vez, ao núcleo essencial dos direitos regulamentados.

Vê-se, assim, que o primeiro ponto chave para a adequada interpretação do princípio em tela é a existência de um consenso geral em relação à relevância do conteúdo trazido pela legislação infraconstitucional como requisito que garanta a máxima efetividade do direito regulado.

Além desta aceitação geral, imprescindível, ainda, que o conteúdo protegido na legislação infraconstitucional pela proibição de retrocesso seja capaz de densificar o núcleo essencial do direito regulamentado⁷⁰⁰, o qual por sua vez, estará

⁶⁹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual...**, p. 399.

⁶⁹⁹ DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 439.

⁷⁰⁰ Neste sentido, afirma Ingo Wolfgang SARLET que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-

necessariamente vinculado à dignidade da pessoa humana e ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna⁷⁰¹.

Percebe-se, nesta leitura, uma intrínseca relação do núcleo essencial dos direitos fundamentais com o chamado mínimo existencial. Entende-se, assim, que o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser informado pelo “conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões quantitativos mínimos.”⁷⁰²

O alcance do chamado mínimo existencial não é tema isento de discussões. Desde sua nomenclatura – mínimo existencial, mínimo vital, mínimo de sobrevivência ou mínimos sociais⁷⁰³ – até o seu conteúdo, não há consenso acadêmico⁷⁰⁴ ou jurisprudencial.

No Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1975, no julgamento do caso BverfGE 40 reconheceu-se, de maneira expressa, o direito às condições mínimas de dignidade como uma obrigação do Estado Social:

A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes as condições mínimas de uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições

reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 460). No mesmo sentido, Felipe DERBLI afirma que “se ao legislador se reconhecerá sempre algum grau de liberdade de conformação e mesmo de revisibilidade de suas decisões, sua atuação jamais poderá atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.” (DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 456).

⁷⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 461.

⁷⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 461. O autor ainda ressalta que, com fundamento na dignidade da pessoa humana, tal mínimo “abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 462. Com esteio na filosofia constitucional, Ana Paula de BARCELLOS desenvolve o tema do mínimo social a partir de um diálogo entre RAWLS e WALZER, cujas conclusões podem ser assim resumidas: “Para Rawls, sem o mínimo social (a situação equitativa de oportunidades), não há a fruição efetiva dos direitos de liberdade, bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer teoria distributiva. O mínimo existencial ou social, portanto, constitui uma verdadeira condição de liberdade. (...) Para Walzer, diferentemente, a garantia do mínimo existencial, além de um valor das sociedades liberais ocidentais, é também uma imposição da moralidade mínima, vale dizer: da própria natureza humana, aspecto universal do indivíduo, funcionando como pressuposto básico de sua participação democrática em qualquer comunidade.” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 139).

⁷⁰³ Expressão citada na Lei 8742/93.

⁷⁰⁴ Ver, sobre a atual discussão no Brasil o trabalho de SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**. Orçamento e reserva do possível. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53; p. 22.

mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível.⁷⁰⁵

A partir daí, autores da envergadura de ALEXY tem admitido um certo consenso em relação à existência de “un derecho al mínimo existencial.”⁷⁰⁶

Parece possível afirmar, então, que o conteúdo do mínimo existencial está relacionado à garantia de prestações básicas que permitam a todos os cidadãos viver dignamente. De tal assertiva, extrai-se que a garantia do mínimo existencial é, por um lado, direito de todos e, nos Estados organizados pelo princípio Social, se coloca como dever do poder público⁷⁰⁷.

Nesta esteira, identifica-se o mínimo existencial como as condições básicas exigidas para que os homens, mulheres e crianças possam usufruir do catálogo de direitos fundamentais que, positivados nas cartas constitucionais do pós-guerra, indicam os valores que norteiam cada nação social e politicamente organizada⁷⁰⁸.

Aponta, então, tal conceito, para o conjunto de obrigações do poder público, que procuram

evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos...combatalda a sua vontade...destruída a sua autonomia...que fica à mercê das forças terríveis do destino

Sustenta-se, desta maneira, que o mínimo existencial “haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da

⁷⁰⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279-312; p. 295.

⁷⁰⁶ ALEXY, Robert. **Tres...**, p. 37.

⁷⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchner. Op. cit., p. 24.

⁷⁰⁸ No Brasil, Carmen Lúcia Antunes ROCHA encontra desde a Constituição de 1934 o fundamento constitucional para reconhecer tal direito, na medida em que o art. 113, daquele diploma, previa o direito fundamental à subsistência e seu art. 115 estabelecia que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna.” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005, p. 449).

dignidade da pessoa humana”⁷⁰⁹, integrando, com isso, o conceito de direitos fundamentais⁷¹⁰.

Destarte, Paulo Gilberto Cogo LEIVAS reconhece ao mínimo existencial uma existência autônoma, como direito fundamental⁷¹¹.

Ricardo Lobo TORRES da mesma maneira atribui a natureza de direito fundamental ao mínimo existencial⁷¹². Para ele, tal direito apresenta-se como regra, aplicável mediante subsunção e não sujeita à ponderação⁷¹³. Apesar disso, afirma que tal direito não tem dicção constitucional própria e carece de conteúdo específico, abrangendo, portanto, “qualquer direito em seu núcleo essencial”⁷¹⁴.

O autor, nesta medida, aprecia o tema a partir de duas perspectivas: em termos negativos, entende que o mínimo assegura a proteção em face de qualquer afronta aos direitos sociais mínimos de todos⁷¹⁵. Já em um aspecto positivo, indica “a entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.”⁷¹⁶

Ana Paula de BARCELLOS, por sua vez, nega a existência de um direito ao mínimo existencial sindicável, referindo que somente as prestações que compõem este mínimo poderão ser exigidas mediante intervenção do Poder Judiciário⁷¹⁷.

⁷⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Op. cit., p. 26.

⁷¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 313-339; p. 314.

⁷¹¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 280. Segundo ele, “em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes” (Ibidem, p. 299).

⁷¹² Assim, exige tanto as suas facetas como direito subjetivo – na medida em que investe o cidadão na possibilidade de acionar na defesa de seus direitos mínimos – e como direito objetivo – aparecendo como norma de declaração de direito fundamental. (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 315).

⁷¹³ Ibidem, p.316.

⁷¹⁴ Ibidem, p. 314.

⁷¹⁵ Para o autor, o núcleo do mínimo existencial é irreduzível e insuscetível de restrições pelo poder público (Ibidem, p. 313).

⁷¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.

Como se vê, ainda que haja polêmica quanto à natureza jurídica do mínimo existencial, o certo é que a doutrina constitucionalista admite, de forma unívoca, que do conjunto dos direitos fundamentais, estruturados em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, surge um conteúdo mínimo de condições concretas que deve ser assegurado a todos. Trata-se do elenco de situações materiais que permite a todo e qualquer indivíduo reconhecer-se como um sujeito dotado de dignidade.

Desta maneira, na esteira do pensamento sempre poético de Carmen Lúcia Antunes ROCHA, “o conceito de mínimo existencial impõe-se, assim, como determinante constitucionalmente quanto aos comportamentos sociais e as políticas estatais, de modo que carências pessoais não impeçam àquele princípio [da dignidade] de tornar-se mero anúncio de um porvir que nunca vem.”⁷¹⁸

Dirigido, então, a assegurar a todos as condições mínimas necessárias para uma vida digna, o princípio do mínimo existencial abrange não só aspectos materiais, ligados à sobrevivência, mas também necessidades culturais. Corina TREISCH, neste sentido, refere que o mínimo existencial

é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde,... e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc...⁷¹⁹

Informado pela concepção do mínimo existencial, então, sustenta-se que o princípio da proibição do retrocesso social deverá ser aplicado em relação aos princípios que compõem o regime jurídico do serviço público que estiverem diretamente ligados ao mínimo último e indispensável para o gozo dos direitos sociais por eles instrumentalizados, relacionados à dignidade da pessoa humana, ou aos demais princípios fundamentais.

A partir de tais digressões, é inegável que os princípios que compõem o regime jurídico do serviço público referem-se diretamente com o conteúdo que, em comum, se tem atribuído ao mínimo existencial. Com efeito, sem a garantia de que o

⁷¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 305.

⁷¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo...*, p. 447.

⁷¹⁹ TREISCH, Corinna. *Existenzminimum und Einkommensbesteuerung*. Aachen: Shaker, 1999, p. 1, *apud* LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Op. cit.*, p. 301.

serviço seja ofertado indistintamente a todos, de maneira contínua e mediante uma tarifa capaz de ser suportada, não haverá direito social assegurado. São esses traços que vão assegurar, então, em última análise, o pleno gozo do direito à vida, à saúde, à educação, ao transporte, por exemplo.

Por isso, entende-se que o regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial – universalidade, modicidade das tarifas e continuidade das prestações, está protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social. Ou seja, “deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”⁷²⁰.

Busca-se, com isso, “proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial (...) que se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.”⁷²¹

Com efeito, é esse posicionamento que permitirá proteger, o regime do serviço público em si, contra modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto. Além disso, a aplicação da cláusula de proibição de retrocesso social à regulamentação feita pelo legislador infraconstitucional sobre o serviço público, no que se refere ao mínimo existencial, é o que permitirá garantir que sejam preservados os valores consagrados na Constituição Federal de 1988, que adotou, sem qualquer possibilidade de questionamento, o serviço público prestado sob um regime específico como um mecanismo sem o qual não serão atingidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O princípio da vedação de retrocesso social, contudo, vem sofrendo restrições, mormente no plano da implementação e manutenção dos direitos sociais, em face da aplicação da chamada “reserva do possível”.

Tal argumento encontra seu primeiro precedente na decisão conhecida como *Numerus Clausus I*, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 1960.

Segundo esclarece Paulo Gilberto Cogo LEIVAS⁷²², *Numerus Clausus* foi o nome dado a uma política de educação pública, adotada pelo governo alemão, que

⁷²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 340.

⁷²¹ Idem.

determinava o número máximo de vagas nas universidades públicas, diante do enorme número de interessados em determinados cursos.

Assim, alguns estudantes que não alcançaram as vagas almejadas contestaram tal limitação em face do art. 12, alínea 1, da Lei Fundamental, que estabelece: “Todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação....”

O Tribunal decidiu, então, que, o direito constitucionalmente garantido do cidadão de participar nas instituições educativas está condicionado, pela reserva do possível, à existência de condições fáticas que permitam ao Estado a criação de novas vagas⁷²³.

Assim, com base em tal precedente, tem-se desenvolvido o argumento de que os direitos constitucionalmente previstos, que demandam a alocação de recursos do poder público, sujeitam-se à cláusula da reserva do possível, ou seja, serão assegurados na medida em que houver disponibilidade financeira-orçamentária para sua implementação.

Não se pretende, contudo, na presente tese, adentrar na discussão sobre a reserva do possível até porque tal tema encontra maior relevância no debate quando se tem por enfoque a judicialização dos direitos sociais, recorte que, como já inúmeras vezes referido, não será abordado na presente tese.

De qualquer maneira, a referência à reserva do possível será feita, em um panorama exemplificativo a partir da doutrina nacional, com o fito de demonstrar mais um dos limites que tem sido invocado na efetivação dos direitos sociais, o que poderá trazer algum tipo de questionamento em relação à aplicação da cláusula de proibição do retrocesso social.

Nesta esteira, J. J. Gomes CANOTILHO refere que o princípio da vedação do retrocesso não tem a força necessária para resistir frente a recessões e crises

⁷²² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 286.

⁷²³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 287. A tradução da decisão consta no texto de Ricardo Lobo TORRES: “Os direitos a prestações não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível, no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão... um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada... Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.” (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 324).

econômicas, circunstâncias que implicam, segundo ele, em hipótese de *reversibilidade fática*.⁷²⁴

Ou seja, a questão da escassez de recursos exige a satisfação intermediária de determinados níveis de necessidades, em conformidade com a situação econômica brasileira⁷²⁵, sob pena de negativa de outros princípios constitucionais incidentes em um dado caso concreto.

Cabe perquirir se a reserva do possível poderá ser utilizada como argumento capaz de afastar a garantia do mínimo existencial.

Ricardo Lobo TORRES defende que o mínimo existencial, na medida em que se apresenta como *regra* e não como *princípio* não está sujeito à ponderação, sendo exigível sua observância de forma irrestrita⁷²⁶. Afirma, com isso, que “a ‘reserva do possível’ não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa.”⁷²⁷

Tal posicionamento, contudo, é isolado na doutrina e na jurisprudência nacional, que, na esteira do pensamento de Ana Paula de BARCELLOS, admitem que

sob o título geral de reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos...O segundo fenômeno, indica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.⁷²⁸

Ricardo Lobo TORRES, contudo, critica de forma acirrada tal posicionamento, afirmando que se trata de uma ‘desinterpretação’ do conceito da reserva do possível. Afirma, com isso, que a

⁷²⁴ Ainda assim, afirma o autor que, em um sentido amplo, a proibição do retrocesso “limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima...” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 339).

⁷²⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 301.

⁷²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 325.

⁷²⁷ Idem.

⁷²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 262.

reserva do possível, no Brasil, passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante na caixa do Tesouro! Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos!⁷²⁹

Interessante, ainda, o posicionamento de Paulo Gilberto Cogo LEIVAS que, ao admitir a natureza de princípio ao mínimo existencial, entende a reserva do possível como uma exigência a ser considerada na atividade de interpretação das normas de direitos fundamentais. Assim, sustenta que “a colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais.”⁷³⁰ Confirma, então, que as prestações que poderão ser exigidas razoavelmente da sociedade são aquelas em que “o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste não tenham peso suficientemente alto para restringir o direito fundamental.”⁷³¹

Sem dúvida, a reflexão impõe um repensar sob a ótica da escassez de recursos, tendo em vista o custo dos direitos, o que, se por um lado exige prudência no manejo dos instrumentos que viabilizam o acesso ao mínimo vital, também impõe a implantação de políticas que permitam, progressivamente, alcançar o ideal de sociedade preconizado na Carta Constitucional⁷³².

A idéia do mínimo existencial opera, assim, de maneira a limitar o conteúdo que, dentro dos direitos prestacionais, exige eficácia imediata, minimizando, com isso, a questão dos custos e estabelecendo, então, o que seja “efetivamente exigível do Estado, sob a forma de eficácia jurídica positiva ou simétrica”⁷³³.

⁷²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 327.

⁷³⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 287.

⁷³¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 287.

⁷³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 25.

⁷³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 115.

Porém, se a metáfora do cobertor curto⁷³⁴ deve ser considerada para se exigir, do poder público, aquilo que for razoavelmente possível⁷³⁵, não poderá jamais, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, desobrigar a Administração de demonstrar a inexistência de recursos capazes de suportar os custos financeiros para garantir, a todos, o mínimo existencial. Constitui-se, ainda, ônus do poder público comprovar a correta utilização dos recursos, em consonância com os fins constitucionais. Ou seja, “pode-se comprovar a inexistência de recursos para tudo o que se faça mister para determinada sociedade; mas há que se comprovar que aqueles que existiam foram utilizados segundo as prioridades jurídicas estabelecidas no sistema constitucional.”⁷³⁶

Como restou demonstrado, a adequada aplicação do princípio da proibição do retrocesso social na regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais tolera, em certa medida, a edição de medidas de cunho retrocessivos. Tais medidas, contudo, “além de contar com uma justificativa de porte constitucional”⁷³⁷, devem “salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas.”⁷³⁸

Portanto, ainda que não se aceite a natureza de garantia fundamental ao regime jurídico do serviço público, mediante a aplicação da cláusula da proibição do retrocesso social impõe-se certa vinculação do legislador futuro aos seus comandos. Isto porque, a regulamentação posterior dos serviços públicos não poderá suprimir a continuidade, a modicidade das tarifas e a universalidade, sendo essa a específica eficácia do princípio de vedação do retrocesso social na matéria.

⁷³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia...*, p. 26.

⁷³⁵ “Não é razoável exigir de alguém mais do que pode dar, nem menos do que pode fazer” – dito popular.

⁷³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo...*, p. 455. E complementa a autora: “a impossibilidade econômica-financeira fabricada pelo legislador ou pelo executor de políticas financeiras, a opção em desvalia da sociedade para a aplicação dos recursos públicos, a trapaça governamental para aquinhoar companheiros e companhias em atividades particulares com dinheiros do Estado, tudo isso e qualquer forma de desvio dos deveres constitucionais fundamentais há de ser considerado inválido constitucionalmente.” (Ibidem, p. 456).

⁷³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 464.

⁷³⁸ Idem.

Parece certo que, em comparação com a primeira hipótese desenvolvida, esta é uma perspectiva de menor alcance e que oferece menor grau de proteção aos cidadãos, que não poderão contar com o regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais em relação aos princípios que compõem o regime jurídico do serviço público. Justamente por isso o esforço argumentativo desenvolvido para reconhecer-lhe a natureza de garantia fundamental.

Porém, para aqueles que adotam uma perspectiva restritiva do art. 5º, pa. 2º, da CF/88, a aplicação da cláusula de proibição do retrocesso permite, em certa medida, proteger o que se tomou, aqui, como núcleo essencial do regime jurídico do serviço público.

Note-se, todavia, que esta cláusula protetiva não foi desenvolvida, no presente estudo, tão somente como alternativa para o não reconhecimento do regime jurídico do serviço público como garantia fundamental. Ao contrário, reconhecendo-se a fundamentalidade de tal regime, é possível estender a aplicação do princípio do retrocesso social para a regulamentação posterior dos serviços públicos em espécie.

Ou seja, com base no que foi descrito, é possível admitir que, nas hipóteses em que a regulamentação posterior do serviço permitir maior concretização do núcleo essencial do seu regime jurídico, o qual, por sua vez, está dirigido à garantia do mínimo existencial, tal regulamentação estará igualmente protegida pela proibição de retrocesso social.

Sem dúvida, trata-se de uma tese conservadora, na medida em que pretende encontrar mecanismos de manutenção de garantias constitucionais e das leis que as assegurem, considerando o serviço público, e o seu regime jurídico específico, um instrumento a ser manejado de maneira assegurar as condições que permitam, a todos, o acesso ao mínimo vital.

O reconhecimento da proibição do retrocesso em relação às conquistas sociais promovidas pela regulamentação dos serviços públicos, garantindo-se, assim, a prestação do serviço público adequado, apresenta-se em boa hora como instrumental que permite auxiliar no encontro de um dos caminhos possíveis a ser trilhado para o alcance do almejado Estado necessário⁷³⁹.

⁷³⁹ FREITAS, Op. cit. Filia-se, portanto, ao pensamento de Ingo Wolfgang SARLET, que afirma que “No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a

Conclui-se, assim, com Ingo Wolfgang SARLET, que

... atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social ora vigentes entre nós, é possível afirmar – com ênfase – que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ... assume caráter emergencial⁷⁴⁰

3.3 IMPLICAÇÕES DO REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO

Os altos níveis de exclusão social que ainda persistem no Brasil, sem embargo de todo o direcionamento de recursos que vem sendo feito, na última década, na tentativa de minimizar as mazelas que acometem os cidadãos brasileiros, demonstram que ainda é tempo de se defender a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, tal como plasmado na Carta Constitucional de 1988.

Tal premissa norteou o presente trabalho, que visa, como restou demonstrado, a releitura democrática e inclusiva do instituto do serviço público, procurando fundamentar, com base na dogmática constitucional, mecanismos que permitam assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais por ele instrumentalizados. Tal leitura almeja, em última análise, a otimização do serviço público como elemento capaz de distribuir riqueza, de gerar desenvolvimento social, mediante a atuação necessária e proporcional do poder público.

Para tanto, foi preciso demonstrar que o serviço público apresenta-se como um direito materialmente fundamental, previsto no art. 175, da Constituição Federal de 1988. Direito fundamental este que exige, para a sua devida concretização, que seja prestado sob um regime jurídico específico (tese 1). Por isso, buscou-se a noção de serviço público adequado, prevista na Lei 8987/95, reconhecendo aos princípios de tal regime jurídico, ligados ao mínimo existencial (universalidade, modicidade e continuidade), a natureza de garantia fundamental (tese 2).

nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista á feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, ..." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 467).

⁷⁴⁰ Ibidem, p. 466.

Com isso, impõe-se o entendimento de que tais princípios vinculam o tratamento conferido aos serviços públicos em espécie, como decorrência da aplicabilidade imediata que lhe é assegurada pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

De qualquer modo, ciente da dificuldade de se reconhecer o traço de fundamentalidade ao regime jurídico do serviço público, já que sua previsão não integra o catálogo formal da Carta Magna, adotou-se, como reforço, a tese de que, mesmo não sendo considerado garantia fundamental, ainda assim gozará de uma proteção especial no âmbito do ordenamento jurídico. Tal proteção será conferida pelo princípio da proibição do retrocesso social aplicável em relação aos princípios do regime jurídico diretamente vinculados (i) à densificação do núcleo essencial do direito ao serviço público e, também, (ii) às condições que integram o mínimo vital. (tese 3)

Nesta perspectiva, identificou-se os princípios da universalidade, da modicidade e da continuidade como aqueles que irão assegurar, aos cidadãos, a máxima efetividade dos direitos sociais concretizados através do instituto dos serviços públicos.

Adotando-se tal tese admite-se, ainda, que as normas contidas nas demais leis que regulamentam os diversos serviços públicos em espécie, na medida em que condensarem tais princípios com a criação de novas situações de vantagem para os cidadãos, também gozarão da cláusula de blindagem oferecida pelo princípio da proibição do retrocesso social. (tese 4)

Veja-se que a importância de tal afirmativa não se dá somente no sentido de se proibir a revogação expressa do regime jurídico do serviço público pela legislação futura. Implica, também, um dever para o legislador de observar tais princípios na regulamentação dos serviços públicos. Ou seja, caso uma determinada lei, ao regulamentar um serviço específico, não faça referência à universalidade, modicidade e à continuidade, estará tacitamente negando-revogando o citado art. 6º, § 1º, da Lei 8987, de 1995. Portanto, em uma interpretação conforme a Constituição, esta nova lei deverá ser interpretada de modo a oferecer concreção aos citados princípios.

Resta, então, pontuar, no cenário nacional, o conteúdo atribuído a estes princípios, ainda que mediante conteúdos ponderáveis, assim como a sua tratativa

no ordenamento jurídico, traçando um panorama geral da aplicação da presente tese.

Tem-se, assim, inicialmente, o princípio da universalidade ou generalidade que, como já se disse, indica que a atividade de serviço público deverá ser ofertada a todos os cidadãos, mediante um caráter genérico e universal.

Tal princípio obriga a Administração Pública a assegurar o mais amplo acesso dos cidadãos aos serviços públicos prestados. Neste sentido, Paulo Roberto Ferreira MOTTA fala da universalização material, que deve ser buscada, de maneira a “proporcionar a toda a população, independentemente de sua renda, acesso aos serviços públicos.”⁷⁴¹

Tal princípio é tratado como decorrência direta do princípio da isonomia⁷⁴², o que implica em dizer que o serviço público deve ser prestado sob a mais absoluta igualdade de tratamento aos usuários⁷⁴³. Ou seja, a universalidade impõe “tratamento não discriminatório e universal para todos (...). Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições.”⁷⁴⁴ Destarte, segundo Marçal JUSTEN FILHO⁷⁴⁵, “na medida em que as utilidades em que se traduz o serviço público são essenciais à dignidade do usuário, todos devem receber tratamento equivalente.”⁷⁴⁶

Jean RIVERO define tal princípio assegurando que qualquer indivíduo, “desde que preencha as condições legais, tem o direito de obter as prestações que o serviço fornece, sem qualquer distinção atinente à sua pessoa e sem que as tarifas

⁷⁴¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. As estruturas do serviço público. **A&C**. Revista de Direito administrativo e constitucional, Belo Horizonte, a. 4, n. 17, p. 59-85, jul./set. 2004, p. 60. Para o autor, o princípio em tela possui *status* constitucional, como princípio implícito da Carta de 88, decorrente de outros princípios, tais como a democracia, legalidade, dignidade da pessoa humana, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança das relações jurídicas, etc...

⁷⁴² Ana Maria Goffi Flaquer SCARTEZZINI trata de forma diferenciada tal princípio, vendo a igualdade como conteúdo do princípio da uniformidade. (SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93).

⁷⁴³ Veja-se, nesse sentido, o art. 123, Parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que estabelece que os serviços públicos serão prestados sem distinção de qualquer espécie.

⁷⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 31.

⁷⁴⁵ Idem.

⁷⁴⁶ Idem.

possam variar em função de outras considerações que não sejam a diferença de situação dos utentes ou as necessidades do interesse geral.”⁷⁴⁷

É o sentido que atribui, igualmente, Enrique Silva CIMMA, que afirma que “el servicio público es obligatorio en el sentido de que la prestación debe necesariamente cumplirse, sin que pueda la autoridad beneficiar con Ella a algunos y negarla para otros.”⁷⁴⁸

Tal princípio está previsto na Carta Europeia dos Serviços Públicos, que traz como seu conteúdo o dever de se garantir um serviço mínimo, a todos, de maneira a evitar a exclusão social⁷⁴⁹.

No Brasil, encontra assento constitucional, previsto expressamente no art. 196, *caput*⁷⁵⁰, em relação aos serviços de saúde, bem como em seus artigos 208, II⁷⁵¹ e art. 211, § 4º⁷⁵², que asseguram a progressiva universalização na área da educação.

Na legislação infraconstitucional, além da previsão expressa do artigo 6º, § 1º, da Lei 8987/95 está previsto no art. 3º, IV, da mesma Lei⁷⁵³ e no art. 3º, IV, da Lei no. 9074-95⁷⁵⁴.

Com base nestes dispositivos legais, é possível perceber que a prestação dos serviços públicos deverá ser assegurada a todos, buscando a sua máxima universalização, sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da

⁷⁴⁷ RIVERO, Jean. Op. cit.. p. 503.

⁷⁴⁸ CIMMA, Enrique Silva. Op. cit., p. 60.

⁷⁴⁹ Nesse sentido, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 289.

⁷⁵⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁷⁵¹ “Art.208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) II – progressiva universalização do ensino médio gratuito”

⁷⁵² “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (...) § 4º - Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

⁷⁵³ Segundo tal dispositivo legal, é dever do concessionário “o atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais”

⁷⁵⁴ “(...) serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações: (...) IV - atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão da população de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais.”

exclusão. Veja-se, inclusive, que o legislador fez expressa referência à necessidade de prestação dos serviços mesmo nas áreas de baixa densidade populacional, incluindo as áreas rurais. Com isso, garante-se que, ainda nas hipóteses em que o serviço seja prestado por delegatários particulares e que, portanto, sua prestação seja orientada, também, pelo interesse lucrativo, a universalidade é garantida mediante a obrigatoriedade da oferta, inclusive nas áreas em que não seja certo o retorno financeiro – como naquelas de baixa população.

Deste modo, com esteio nos pressupostos elencados na presente tese, é certo que o dispositivo do art. 3º, IV, da Lei 8987, deverá gozar da proteção do princípio da vedação de retrocesso social. Isto porque, na medida em que estabelece a garantia da universalidade, cria, para os cidadãos de baixa renda e para os habitantes das áreas de baixa densidade demográfica, o direito de acesso aos serviços.

Tal dispositivo apresenta especial importância para a implementação dos serviços públicos nos diferentes locais do país.

No campo da energia elétrica, a Lei no. 9427-96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, estabelece, em seu art. 3º, XII, como meta a ser estabelecida pela agência em relação aos concessionários a universalização do uso da energia elétrica.

Interessante notar que dos serviços públicos analisados na última pesquisa nacional por amostra de domicílios, realizada pelo IBGE, na síntese dos indicadores de 2008 verifica-se que o serviço de energia elétrica é o que apresenta maior índice de atendimento à população.

Só a título ilustrativo, os dados indicam que na região Sudeste, aquela com melhor indicativo neste serviço, 99,8% das residências dispõem de iluminação elétrica. Já na região nordeste, o índice chega a 94,9%.

Na análise dos Estados, o Distrito Federal apresentou índice relativo de 100%, São Paulo e Rio de Janeiro, 99,9%. Já na região Sul, o Rio Grande do Sul apresentou índice de 99,4%, Santa Catarina 99,8% e o Estado do Paraná, 99,2%. O Estado com menor índice de atendimento pelo serviço de energia elétrica é o Tocantins, em que 91,5% das residências contam com iluminação.

Ainda assim, mantém-se a exigência da universalização dos serviços de energia elétrica, de modo a atender a parcela da população que ainda não conta com tal serviço.

É possível defender, então, que o citado dispositivo estará protegido pelo princípio da proibição do retrocesso social, pois assegura, para a parcela ainda não atendida pelos serviços de energia elétrica, o seu acesso. Tal conteúdo afigura-se, de maneira inobjetable, diretamente vinculado ao princípio da universalidade e justifica-se como essencial para a concretização da dignidade dos cidadãos, que se perfaz, também, na medida em que é assegurado o acesso à luz.

O princípio da universalidade também é assegurado de forma expressa no setor das telecomunicações.

Com efeito, na Lei no. 9472-97, que dispõe sobre a organização de tais serviços, criando, ainda, a ANATEL – Agência Reguladora de Telecomunicações, são inúmeros os dispositivos que tratam de assegurar a universalidade. Veja-se, por exemplo, o art. 2º, I, que estabelece, para o poder público, o dever de “garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações...”. De igual maneira, o art. 3º, I, assegura como direito do usuário “o acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;” O art. 18, ainda, estabelece a exigência de que o Poder Executivo aprove o plano geral de metas para a progressiva universalização dos serviços prestados no regime de direito público.

Tais dispositivos, como se percebe, asseguram a universalidade como dever e meta do poder público em ampliar a rede de prestação dos serviços. Mas também há, na lei em comento, a preocupação com a garantia da universalidade na perspectiva da não-discriminação. Neste sentido, estabelece o art. 3º, III, da Lei, que o cidadão tem o direito de “não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço.”

A preocupação com a garantia da universalidade nos serviços de telecomunicações também abrange os serviços prestados pelos concessionários e permissionários dos serviços prestados em regime público.

Define-se, assim, no art. 79, pa. 1º, da Lei, como obrigações de universalização “as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”

O art. 80, da Lei, especifica, ainda, que as obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano que deverá incluir a

“disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.”

Assim como no setor de energia, verifica-se que a legislação impôs a observância da ampla universalidade em relação aos serviços de telecomunicações.

Tais dispositivos, de acordo com circunstâncias específicas a serem apreciadas nos casos concretos, poderão ter seus conteúdos identificados como integrantes do núcleo essencial do princípio da universalidade e, neste caso, contarem com a proteção do princípio da vedação do retrocesso.

Dentre as várias hipóteses que poderiam ser aqui estudadas, cite-se, exemplificativamente, a norma que decorre do citado art. 80, da Lei, e que prevê, dentre as obrigações de universalização, o dever de dispor de instalações para o atendimento de deficientes físicos.

Tal norma assegura a devida inclusão social dos cidadãos que possuem deficiência física, consagrando-se, para eles, como inegável conquista. Com isso, entende-se que o dispositivo normativo em tela garante dignidade aos deficientes físicos, traduzindo-se, também, como mecanismo capaz de erradicar a marginalização destes cidadãos. Por isso, justifica-se reconhecer tal preceito como integrante do rol protegido pelo princípio da vedação do retrocesso social.

A título de ilustração, veja-se que os serviços de telefonia têm apresentado índice de crescimento dentre a população brasileira.

Segundo os dados da citada pesquisa do IBGE, comparando-se os dados de 2007 e 2008, o acréscimo do número de domicílios que passaram a contar com telefone aumentou em 4.378 mil e representam, hoje, mais de 47.000 domicílios. Ainda assim, os números dos serviços de telefonia ainda não alcançam os altos índices do serviço de energia elétrica. A região que possui maior incidência de tais serviços é a região Sul, com um índice de 89,8%. Já o Sudeste apresenta índice de 88,9%, seguido pelo Centro-Oeste, região na qual o índice de domicílios que dispõem de telefone é de 87,9%. O menor índice apresenta-se, novamente, na região nordeste, na ordem de 66,8%.

Curioso é que os serviços de abastecimento de água e esgoto, que apresentam os menores índices de universalidade, de acordo com a pesquisa realizada pelo IBGE, não contam, na sua regulamentação específica, com a previsão da generalidade ou universalidade.

Ao contrário do que ocorre na regulamentação dos serviços de energia elétrica e de telecomunicações, a Lei 9984, de 17.07.00, que criou a Agência Nacional das Águas, não estabeleceu, como meta específica ou dever do poder público, a universalização.

E os índices de ausência na prestação destes serviços são alarmantes.

Dos domicílios pesquisados na região Nordeste, apenas 58,3% possui abastecimento de água pela rede geral e 9,5% de rede coletora de esgotamento sanitário. Na região Sudeste, os índices são mais altos, mas, ainda assim Estados como o Espírito Santo possui 100-82,7% da população sem acesso à rede de água e 100-72,5% sem rede coletora de Esgoto. Na região Sul, o Rio Grande do Sul apresenta o índice de 84,4% da população com acesso à rede geral de abastecimento de água, enquanto Santa Catarina apresenta o índice de 79% e o Paraná o de 86,5%. Quanto à rede coletora de esgoto os dados são bem menos expressivos, sendo que na região apenas 33,4% dos domicílios possui acesso a tal serviço.

Por certo, com esteio na tese aqui desenvolvida, os cidadãos que não têm acesso aos serviços de água e esgoto têm assegurado o direito de exigí-los, pela incidência do princípio da universalidade, o qual, se não conta com previsão expressa na legislação específica, tem sua aplicação assegurada em face de sua natureza jurídica de garantia fundamental.

O mesmo raciocínio pode-se depreender considerando-se o princípio da universalidade, tal como plasmado na Lei 8987-95, como conteúdo protegido pela proibição do retrocesso social. Ou seja: admitindo-se que a lei citada assegura a universalidade como direito dos cidadãos, a sua omissão, na legislação específica que trata dos serviços ora em comento, não poderá revogar tal garantia, sob pena de proceder à omissão inconstitucional.

Na atividade de correios também é assegurada expressamente a universalidade dos serviços, no art. 3º, IV, da Lei no. 11668-2008, que veio, finalmente, normatizar as franquias de tais serviços, no cenário nacional.

Além do exposto, é importante observar, ainda, que a garantia da universalidade não impede, de *per si*, a fixação de limites na oferta do serviço.

Marçal JUSTEN FILHO trata da matéria e refere que há condicionamentos operacionais e quantitativos que se impõem na operação da atividade, como, por

exemplo, o número máximo de passageiros em um determinado transporte⁷⁵⁵. Poder-se-ia referir, ainda, no mesmo diapasão, o número limitado de vagas nas Universidades Federais, discussão que fez surgir, na Alemanha, a temática da reserva do possível, como antes aventado.

Os limites impostos, contudo, devem ser interpretados como cláusulas restritivas da garantia fundamental ao regime jurídico do serviço público. Ou seja, não poderão afetar o núcleo essencial do princípio da universalidade, definido, em cada caso concreto mediante juízo de ponderação.

Também na hipótese de não se admitir o regime jurídico como garantia fundamental, o princípio da proibição do retrocesso implica na interpretação restritiva de dispositivos legais que imponham restrições à universalidade do serviço.

Na tarefa de ponderação, destarte, a restrição estabelecida ao princípio da universalidade não poderá admitir qualquer privilégio na eleição de usuários que poderão gozar do serviço.

Além disso, dado que também deverá ser considerado é que a universalização, como já se disse, é condição para o desenvolvimento social. Na esteira das considerações de Paulo Roberto Ferreira MOTTA, “os processos de desenvolvimento de qualquer nação passam necessariamente pela universalização dos serviços públicos. O acesso das populações... é o único modo de promover o desenvolvimento e, conseqüentemente, distribuir equitativamente os resultados do mesmo.”⁷⁵⁶ Assevera, ainda, o autor que “fora dessa idéia o que existe é acumulação de capitais que produzem apenas, e tão-somente, mais miséria.”⁷⁵⁷

Conclui-se, assim, que a universalização dos serviços públicos impõe-se como condição que permite garantir a toda a coletividade a efetivação dos direitos sociais assegurados pelas prestações de serviço público, evitando, com isso, sua “elitização”.⁷⁵⁸

⁷⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 127.

⁷⁵⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O cidadão usuário de serviços públicos na Constituição Federal. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coords.). **Direito público moderno**. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 119-154;

⁷⁵⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O cidadão...

⁷⁵⁸ Idem, ibidem. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 289.

De qualquer forma, questão que não pode deixar de ser tratada, quando se fala de universalização dos serviços e, mais especificamente, de suas restrições, é aquela referida às cotas, ou ações afirmativas.

Do exposto, parece inobjetable que o princípio em comento integra o núcleo de garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, na medida em que proporciona a todos o acesso aos bens diretamente ligados ao mínimo existencial, tais como saúde, educação, energia elétrica, saneamento básico, dentre tantos outros. É possível justificar sua fundamentalidade, destarte, na medida em que sua aplicação permite concretizar não só o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também os demais princípios e objetivos fundamentais consagrados na CF/88.

A devida efetivação do princípio da universalidade implica, ainda, que os serviços públicos sejam ofertados mediante preço acessível. Com efeito, de nada adianta estabelecer uma ampla rede de distribuição de tais serviços se forem cobrados em valores exorbitantes, que inviabilizem o acesso das camadas menos favorecidas a tais bens, já que são estes os cidadãos que mais dependem de tais atividades.

Por isso, parece certo que o princípio da **modicidade das tarifas** apresentase como condição que permite assegurar a universalidade.

Já se verificou que tal princípio implica, em uma primeira observação, que “a tarifa deve representar o menor custo possível para a realização do serviço”, definindo-se tal valor de maneira que não torne “impossível ou excessivamente onerosa sua utilização.”⁷⁵⁹

Aqui, também parece inobjetable a sua vinculação direta e imediata aos princípios fundamentais da Constituição Federal. Com efeito, a cobrança de uma tarifa módica – ou, em alguns casos, gratuita - permite o acesso ao serviço, assegurando, assim, que a maior parcela possível da população tenha direito de usufruir dos bens ofertados.

Até porque, como bem acentua Celso Antônio Bandeira de MELLO, se o Estado reconheceu a essencialidade de tais atividades, qualificando-as como serviços públicos, seria um “rematado dislate que os integrantes desta coletividade a

⁷⁵⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 382.

que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem.”⁷⁶⁰

Surgem, ainda, em relação à aplicação de tal princípio, algumas questões que exigem a reflexão. A primeira delas refere-se à possibilidade de que tais atividades sejam prestadas de maneira gratuita.

Em um primeiro momento, garantindo-se a máxima extensão ao princípio da universalidade, nos termos antes formulados, seria crível sustentar que os serviços públicos, quando prestados diretamente pelo Estado, fossem gratuitos, sendo o seu custeio suportado exclusivamente através de mecanismos fiscais.

Tal orientação foi adotada pela Constituição de 1988, que determinou a gratuidade do ensino público, quando prestado em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV), estabeleceu como dever do Estado o ensino fundamental, obrigatório e gratuito (art. 208, I) e garantiu, ainda, a gratuidade no transporte coletivo urbano aos cidadãos maiores de 65 anos (art. 230, § 2º.).

É certo, contudo, que a gratuidade na oferta dos serviços públicos não é a regra⁷⁶¹.

O atual estágio do capitalismo impõe o aumento cotidiano da massa de indivíduos que precisam se socorrer cada vez mais das prestações públicas para assegurar seus mais básicos direitos. Esta crescente demanda, faz com que se torne inviável, em termos orçamentários, a prestação dos serviços de maneira gratuita, mesmo quando prestados pelo poder público.

Tem-se, assim, a fixação de tarifas, as quais deverão ostentar o chamado preço módico, ou seja, o Estado deverá cobrar pela prestação do serviço o menor valor possível, de modo a permitir que maior parcela da população possa dele fazer uso, da maneira menos onerosa. É por isso que não se admite falar em lucro estatal quando da prestação de serviços públicos. Tais serviços não se constituem como uma fonte de receitas para o Estado, aliás, se assim fosse, tratar-se-iam de atividades econômicas que não devem ser prestadas pelo poder público, salvo em casos de relevante interesse público ou segurança nacional, conforme adiante será tratado.

⁷⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 69.

⁷⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Serviço...**, p. 111.

As receitas acumuladas pelo estado, portanto, deverão “gerar benefícios à coletividade (...) como “forma de reduzir o preço a ser cobrado aos usuários como contraprestação do serviço”⁷⁶²

Como se vê, a conjugação dos dois princípios já enunciados demonstra a necessidade de implantação de programas que assegurem a prestação dos serviços de forma gratuita a famílias de baixa renda⁷⁶³.

Segundo CASSAGNE, na Argentina, após a Reforma Constitucional de 1994, que alterou o artigo 42, da Constituição, foram estabelecidas várias modificações no trato das questões pertinentes à prestação dos serviços públicos⁷⁶⁴, implicando, de maneira taxativa, a reafirmação do princípio da solidariedade que estabelece, por exemplo, o dever de implantação de tarifas sociais para os usuários carentes⁷⁶⁵.

Caracteriza-se, sem dúvida, um alargamento da aplicação do princípio ora em comento, circunstância que ilustra a necessária e imprescindível atuação do Estado principalmente nos momentos de crise política e econômica (como a que vem enfrentando aquele país latino-americano, desde a década dos 90). Até porque, como ressalta CASSAGNE, “el servicio público, como todas las instituciones del derecho administrativo, no pasa de ser una de las tantas categorías históricas a que el Estado acude para satisfacer las necesidades primordiales de la población.”⁷⁶⁶

Tem-se, na linha de tal raciocínio, que o legislador infraconstitucional está autorizado a estabelecer programas que garantam a gratuidade de tais prestações. Em qualquer caso, porém, imprescindível observar as regras que definem a competência na matéria dos serviços públicos⁷⁶⁷.

⁷⁶² CARVALHO, Leandro Sabóia Rinaldi. Receitas alternativas, complementares e acessórias. In: SOUTO, Marcos Juruena Vilela; MARSHALL, Carla C. (Coords.) **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 684-695.

⁷⁶³ No Paraná, são vários os exemplos, principalmente no setor de energia elétrica e saneamento básico. Em nível nacional pode-se citar, também, alguns dos serviços notariais, que deverão ser gratuitos aos comprovadamente carentes.

⁷⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis..., p. 390.

⁷⁶⁵ Ibidem, p. 399.

⁷⁶⁶ Idem.

⁷⁶⁷ Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento nesse sentido. Veja-se, por exemplo, o julgamento da ADI 2299-RS, em que foi Relator o Ministro Moreira Alves, e o julgamento da ADI 2337-2-SC.

Outro fator que implica na cobrança de tarifas pela utilização dos serviços se dá em face da sua exploração pela iniciativa privada, mediante delegação.

Com efeito, o caráter econômico de tais serviços e a incapacidade do Estado em prestá-los diretamente fez com que, mormente a partir da década de 90, tenha crescido o interesse pelas concessões de serviços públicos⁷⁶⁸. Aliás, tal contexto implicou até mesmo na criação de novas formas de delegações, como as Parcerias Público Privadas e as Franquias dos Correios.

Nestes casos, o particular atua com inegável interesse econômico, o que certamente implica na cobrança dos serviços realizados.

Principalmente aqui a incidência do princípio da modicidade é fundamental para não inviabilizar o acesso da população, ou seja, deve-se assegurar a “menor tarifa em face do custo e do menor custo em face da adequação do serviço”⁷⁶⁹.

Impõe-se ao particular, assim, como condição para ser concessionário ou permissionário de um serviço público, a busca por um lucro moderado. Por tal razão, o valor a ser suportado pelos cidadãos, em face da contraprestação pelo serviço, deverá ser fixado pelo Poder Público, já no decorrer do processo licitatório.

Veja-se que o constituinte de 88 não tratou expressamente da “justa remuneração do capital”, quebrando, com isso, a tradição das Constituições anteriores⁷⁷⁰. Admitindo-se, entretanto, a opção política de prestação dos serviços públicos através de particulares, parece coerente que os valores praticados, neste caso, deverão ser fixados de modo a atrair investidores privados para a exploração econômica da atividade⁷⁷¹, sem, com isso, sobrecarregar economicamente os usuários dos serviços.

⁷⁶⁸ A questão é brilhantemente resumida por Paulo Roberto Ferreira MOTTA: “Nesse processo desestatizante, a figura-chave é a da concessão de serviço público, constituída por um triângulo de interesses, os econômicos do concessionário, que é um investidor perseguindo lucros, os políticos do poder concedente, que como Estado deve, ao menos em tese, assegurar o interesse público, traduzidos pelas expressões *serviço adequado* e *tarifa módica*, e os do usuário, também marcadamente econômicos, e nem sempre levados em consideração.” (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 31).

⁷⁶⁹ Segundo JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 291.

⁷⁷⁰ Conforme refere Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, a previsão da modicidade das tarifas estava prevista no art. 137, da Constituição de 1934, no art. 147, da Constituição de 1937, no art. 151, Parágrafo Único, da Constituição de 1946, no art. 160, II, da Constituição de 1967, no art. 167, II, da Emenda 1/69. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço...**, p. 292).

⁷⁷¹ Tal imperativo deve ser observado para a formulação das cláusulas de equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos. Entende-se, de qualquer maneira, que o princípio terá implicações práticas na matéria contratual porque parece ser uma justa causa a autorizar a

Para Agustín GORDILLO, então, o regime jurídico do serviço público impõe a prática de tarifas justas e razoáveis, tanto para o prestador do serviço como para aqueles que o recebem, “sin ganancias excesivas del concesionario o licenciatario...”⁷⁷²

Assim, o art. 175, parágrafo único, III, estabeleceu que “A Lei disporá sobre: (...) a política tarifária” dos serviços públicos. Com isso, compete ao legislador ordinário estabelecer os parâmetros a serem observados para a fixação do valor das tarifas, nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Tal normativa, certamente, com base nos pressupostos assentados na presente tese, deverá observar obrigatoriamente o princípio da modicidade, seja em face da sua eficácia como garantia fundamental, seja diante da interpretação que lhe é dada pelo princípio da proibição do retrocesso.

No cenário nacional desponta a competência conferida às agências reguladoras para estabelecer as políticas tarifárias, observada a exigência de valores módicos.

Assim, a ANEEL, nos termos do art. 3º, XI, da Lei no. 9427-96, tem a atribuição de “estabelecer tarifas para o suprimento da energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição,... considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos;”

Quanto aos serviços de telecomunicações, a Lei no. 9472, 96, estabelece, em seu art. 2º, I, como dever do poder público “garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis...”

Em tal legislação, também aparece a preocupação com a garantia da modicidade no art. 5º, quando impõe que a disciplina das relações econômicas, no setor, deve ser feita no sentido de impedir o abuso do poder econômico⁷⁷³.

A lei reconhece, ainda, a competência da ANATEL para “controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas...”

redução das tarifas caso haja comprovação, pelo poder público, de que o lucro está sendo maior do que aquele fixado no momento da assinatura do contrato.

⁷⁷² GORDILLO, Agustín. **Tratado...**, p. VI – 32.

⁷⁷³ Tal norma tem seu conteúdo complementado pela regra do art. 18, XIX, que reconhece à ANATEL a competência para “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica.”

A fixação do valor das tarifas, como se vê, deve ser feita de forma razoável pelo poder público, considerando-se os custos da implantação e manutenção do serviço, sem se admitir que o serviço concedido seja mais caro do que seria se fosse prestado diretamente pela iniciativa privada, mas, também, sem que os valores cobrados sejam deficitários.

Cesar A. Pereira GUIMARÃES, neste sentido pondera que na fixação do valor das tarifas o poder público deverá observar o que é devido para a manutenção da exploração econômica do serviço, sob pena de inviabilizar a sua gestão privada, como aconteceu, segundo refere o autor, na década de 1940. Assim, pondera que há riscos na compreensão inadequada da modicidade, que pode levar a circunstância que, “em lugar de garantir ao usuário o serviço adequado pela menor tarifa, pode tornar impossível a prestação e remeter o usuário a uma situação de ausência de serviço.”⁷⁷⁴

Por isso, o Poder Público deverá criar mecanismos que permitam assegurar a modicidade das tarifas e, ao mesmo tempo, oferecer valores que garantam o interesse comercial por parte dos parceiros privados⁷⁷⁵.

Este é o conflito criado pela crescente privatização dos serviços públicos, no ambiente nacional. Segundo Paulo Roberto Ferreira MOTTA, “tarifações atrativas e rentáveis aos concessionários poderão ocasionar serviços não usufruíveis pela maioria da população, perdendo seu caráter de serviços públicos e, conseqüentemente, aumentando a crise social em proporções não imaginadas.”⁷⁷⁶

Neste contexto, a previsão de receitas alternativas, conforme dicção do art. 11, da Lei no. 8987/95⁷⁷⁷, apresenta-se como interessante meio que pode ser manejado pelo poder público para assegurar as tarifas módicas⁷⁷⁸.

⁷⁷⁴ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Op. cit., p. 383. No mesmo sentido, Paulo Roberto Ferreira MOTTA afirma que “os investidores, caso não possam manter suas margens de lucro, perderão o interesse no negócio e haverá um novo sucateamento das atividades.” (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 37).

⁷⁷⁵ Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de MELLO que “em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, muitas vezes subsidiados.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 673).

⁷⁷⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências...**, p. 37.

⁷⁷⁷ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas...”

Da mesma maneira, pode-se pensar no compartilhamento de infra-estruturas, que poderá implicar, também, na diminuição de gastos no custeio dos serviços públicos⁷⁷⁹.

De igual modo, podem ser entendidas como medidas de concretização do princípio da modicidade as hipóteses em que se admite que o Estado complemente direta ou indiretamente as tarifas.

Na Lei no. 8987, de 95, o art. 24 estabelecia expressamente a possibilidade do poder público assegurar uma receita mínima nas concessões⁷⁸⁰. O dispositivo, porém, foi vetado sob a alegação de que “garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional da concessionária, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo poder público.”

Marçal JUSTEN FILHO, contudo, na linha sustentada na presente tese, admite que “não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público...”⁷⁸¹

De qualquer modo, a possibilidade expressa de subvenção veio positivada pela Lei no. 11079-04, em seu art. 2º, § 1º, que trata das concessões patrocinadas estabelecendo que “adicionalmente à tarifa cobrada do usuário, contraprestação pecuniária do parceiro público a parceiro privado.”

Por certo, uma interpretação conforme as diretrizes constitucionais nesta matéria impõe que a contraprestação pecuniária referida no citado artigo somente seja aceita com a finalidade de garantir tarifas módicas. Neste sentido, ressalta Marçal JUSTEN FILHO que “será vedada a subvenção quando configurar uma forma de benefício injustificado para o concessionário. Não se admite, em face da própria Constituição, é que o concessionário receba benesses do poder concedente, com

⁷⁷⁸ Ver, neste sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito...**, p. 611.

⁷⁷⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. As estruturas...

⁷⁸⁰ “O poder concedente poderá garantir, no contrato de concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão.”

⁷⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 23

pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável.”⁷⁸²

De todo o exposto, percebe-se que o princípio da modicidade das tarifas implica, assim, em direito dos cidadãos de terem tarifas fixadas em valor acessível⁷⁸³, direito esse que se consagra como garantia fundamental ou, ainda, como conteúdo protegido pela proibição do retrocesso social.

Assim, garantia a prestação do serviço aos cidadãos, de maneira universal, cobrado um valor módico pela sua utilização, a garantia do regime jurídico se completa, em relação ao mínimo existencial, com o princípio da continuidade.

Como antes citado, tal princípio está previsto no art. 6º..., mas também no art. 3º, I, da Lei 9074, de 95.

O princípio da continuidade é previsto expressamente, ainda, no art. 2º, VII, da Lei 9472-98 e no art. 64, da mesma Lei, no que se refere aos serviços de telecomunicações prestados sob regime de direito público. Cabe, ainda, citar o pa. 2, do art. 79, da Lei das Telecomunicações, que estabelece que “obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar a disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.”

Decorrencia direta do princípio da indisponibilidade do interesse público, tal princípio determina “a impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, eis que se presume que as utilidades prestadas são essenciais e indispensáveis à sobrevivência ou à normalidade da vida.”⁷⁸⁴

Com efeito, seja nos serviços sociais (educação e saúde), seja nos demais serviços públicos (energia elétrica, saneamento básico, coleta de lixo, transporte coletivo, por exemplo), a suspensão das atividades implica na negação ao acesso aos direitos sociais, notadamente àqueles que traduzem a dignidade da pessoa humana.

⁷⁸² Idem.

⁷⁸³ Veja-se que, na Argentina, Agustín GORDILLO reconhece aos usuários dos serviços o direito de impugnar, inclusive judicialmente, tarifas excessivas, com base em uma devida interpretação do art. 3º, da Lei no. 24240-93 (GORDILLO, Agustín. **Tratado...**, p. VI-20. Ver, ainda, sobre o tema, GRECCO, Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario., p. 450. e MARIENHOFF, ... Tratado de derecho administrativo, p. 160 – citado pelo Cesar, p. 195.

⁷⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 31.

Portanto, admitindo-se que os serviços públicos visam garantir os valores mais caros da sociedade, plasmados no ordenamento jurídico como direitos fundamentais, parece salutar a defesa do princípio em tela, cujo conteúdo impede que sejam eles interrompidos, sob pena de fazer perecer os direitos prestacionais por eles assegurados.

Da adoção de tal princípio como garantia fundamental decorrem inúmeras consequências.

Ana Maria Goffi Flaquer SCARTEZZINI⁷⁸⁵, em trabalho específico sobre a continuidade dos serviços públicos, indica, como um dos efeitos práticos do princípio, a proibição de que os bens ligados à sua prestação sejam objeto de execução forçada⁷⁸⁶.

Exemplos da aplicação do princípio também despontam na matéria referente aos Contratos Administrativos. Com efeito, em face do impedimento da interrupção da prestação dos serviços públicos é que se justifica a aplicação moderada da *exceptio non adimpleti contractus*, a encampação do serviço, a reversão dos bens ao final do contrato, dentre outras características típicas de tais negócios jurídicos.

Tais cláusulas, então, justificam-se de maneira a assegurar a não interrupção dos serviços de modo a assegurar o devido e adequado atendimento dos direitos fundamentais que impõem a sua prestação.

A questão do fechamento de escolas e hospitais públicos também deverá ser pensada a partir de tal princípio, só sendo viável o encerramento de tais atividades quando houver possibilidade de transferência dos usuários para outras unidades.

Ressaltam, ainda, de importância, o exercício de determinados direitos pelos servidores públicos em face do cotejo com o princípio da continuidade⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. Op. cit., p. 94.

⁷⁸⁶ Razão pela qual o Supremo Tribunal Federal já decidiu, inúmeras vezes, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos se submete ao art. 100, da Constituição Federal, o qual, como se sabe, determina que o pagamento das condenações judiciais seja feito através dos precatórios.

⁷⁸⁷ Observe-se, desde logo, que o princípio da continuidade é recorrente, neste diapasão, não só nos casos de prestação dos serviços públicos propriamente ditos, mas em relação a todas as atividades desempenhas pela Administração Pública.

Com efeito, em razão do respeito ao princípio em comento, entende-se que o gozo de licenças, o período de férias e mesmo a concessão de remoção são direitos condicionados às necessidades do serviço.

A interpretação, contudo, deverá ser feita de forma restritiva em relação aos direitos dos servidores. Isto porque, o mandamento que obriga a continuidade na prestação dos serviços públicos é comando que se dirige, em primeiro plano, à Administração Pública⁷⁸⁸. Portanto, não poderá ser utilizado de maneira incondicional pelo poder público, que é, em última análise, quem deverá adotar medidas de contingência para assegurar, de um lado, a continuidade de suas atividades e, de outro, o rol de direitos dos agentes públicos.

Neste particular, é sintomático o tratamento conferido à greve dos servidores públicos, pelo ordenamento pátrio.

Como se sabe, o art. 37, VII, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 19-98, assegurou aos servidores o direito à greve, “nos termos e nos limites definidos em lei específica.”

Na esfera privada, o art. 9º, § 1º, dispõe que “A lei definirá os serviços ou atividades essenciais disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.”

Destarte, regulamentando tal dispositivo, foi editada a Lei no. 7783, de 89, determinando, em seu art. 10, que são essenciais os serviços de tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia; gás; combustíveis; assistência médica e hospitalar; telecomunicações; compensação bancária, entre outros.

Ocorre que, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal, não foi editada a lei que permitiria o gozo de tal direito pelos servidores.

A questão foi levada ao e. Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões. Importante referir, contudo, o Mandado de Injunção nº 712, do Pará, proposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará – SINJEP. A decisão proferida em 25.10.2007, nos termos do voto do Relator, o eminente

⁷⁸⁸ Na verdade, a aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos acaba sendo utilizada de forma abusiva para legitimar decisões que não respeitam o conjunto de direitos e garantias dos servidores públicos. Aliado ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao qual inúmeras vezes se atribui conteúdo em muito dissociado da devida proteção dos direitos dos cidadãos, a continuidade tem-se demonstrado artifício para indeferir o gozo de direitos legitimamente previstos.

Ministro Eros Grau, determinou a aplicação da Lei nº 7783/89, até que seja editada Lei regulamentando o direito de greve dos servidores. Inaugurou-se, com tal decisão, novo entendimento da Corte no que se refere ao remédio constitucional, ao qual, até então, era reconhecida pouca eficácia.

Importante referir, contudo, que o § 3º, do art. 6º, da Lei 8987/95 estabeleceu hipóteses em que, mesmo interrompido o serviço, não estaria caracterizada sua descontinuidade.

Ao que parece, ao legislador infraconstitucional entendeu que os direitos assegurados pelos serviços públicos poderiam sucumbir em (i) situações de emergência ou (ii) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e, ainda, (iii) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

As três hipóteses tratadas na Lei deverão ser admitidas com cautela porque implicam restrições a um princípio que, como sustenta-se na presente tese, guarda *status* de garantia constitucional.

Assim, sendo coerente com os postulados desenvolvidos no decorrer do trabalho, é possível admitir limitações infraconstitucionais em relação ao princípio da continuidade. Porém, tais limitações, como restou assentado, não poderão negar o núcleo essencial do princípio e, portanto, deverão ser interpretadas, em cada caso concreto, mediante atividade de ponderação. Afinal, “os direitos dos usuários dos serviços públicos advêm dos princípios informadores do serviço público que têm por fundamento a própria Constituição. Nenhuma lei pode reduzir-lhes ou amesquinhar-lhes os contornos, nem a Administração Pública pode abdicar do fiel cumprimento destes direitos”⁷⁸⁹

Celso Antônio Bandeira de MELLO, contudo, refuta a constitucionalidade da previsão de suspensão dos serviços em razão do inadimplemento do usuário. Afirma, assim, que permitir a interrupção do serviço nesta hipótese importa uma opção política em prol do prestador do serviço, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁹⁰.

Pretendeu-se demonstrar, com isso, o alcance da tese aqui sustentada, basicamente através da construção de uma noção mínima do núcleo essencial dos princípios da universalidade, da modicidade e da continuidade dos serviços públicos,

⁷⁸⁹ ZANCANER, Weida. Op. cit.,

⁷⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 740.

cuja observância permitirá a efetivação dos direitos fundamentais assegurados por tais atividades.

Destarte, sem olvidar que se aplicam aos serviços públicos todos os princípios integrantes do Regime Jurídico Administrativo⁷⁹¹, pretendeu-se dar enfoque aos princípios que se relacionam diretamente à garantia da dignidade da pessoa humana, no que se refere ao chamado mínimo vital.

De qualquer modo, como restou demonstrado, tem-se admitido, no Brasil, na esteira do pensamento de Carlos Ari SUNDFELD e de tantos outros autores de prestígio, a flexibilização do regime jurídico do serviço público⁷⁹². Nesta seara, sustentar a existência de um único regime que identifique uma dada atividade como serviço público seria, para o autor, uma opção meramente política, definida, de um lado, pelo “desejo de ver preservado o modelo estatal e monopolista de exploração” e, por outro, admitida em face da “grande desconfiança quanto à idoneidade do atual legislador brasileiro para disciplinar os serviços (donde a pretensão desses pensadores concorrerem para o estabelecimento de rígidos limites ao poder de legislar sobre ‘serviços públicos’ por via de uma interpretação muito pessoal da Constituição).”⁷⁹³

⁷⁹¹ Juarez FREITAS, nesse sentido, entende que todos os princípios que informam o regime jurídico do serviço público decorrem da essencialidade de tais prestações, vinculados ao comando da preponderância teleológica do interesse público (FREITAS, Juarez. **Estudos...**, p. 31).

⁷⁹² Afirma, por exemplo, Almiro do Couto e SILVA que “Os serviços públicos fragmentaram-se, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado, para afeiçoá-lo ao interesse público. Mas é certo, igualmente, que existem outras modalidades de atividade, aquelas exercidas em ‘rede’, (p. ex. telecomunicações, energia elétrica, gás, ferrovias) em que o regime do monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes combinações com o da concorrência. SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002, p. 47. Ainda sustentando o mesmo posicionamento, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que o serviço público é a “atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.” (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 98) e Lúcia Valle FIGUEIREDO, que toma o serviço público como “atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 54-55).

⁷⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 33-34.

Porém, na linha desenvolvida durante todo o trabalho, buscou-se demonstrar que, diante dos níveis de exclusão social presentes na sociedade brasileira, o Estado não pode se furtar na prestação de serviços públicos, diretamente ou sob delegação. Entende-se, que o proclamado Estado Necessário somente se perfaz se assegurar aos cidadãos condições que permitam o acesso às conquistas plasmadas nos direitos sociais. Nesta medida, retoma-se sempre a idéia de que é o serviço público um instrumento de distribuição de riqueza.

Pretendeu-se demonstrar, ainda, que para a devida concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios fundamentais da República, não basta a admitir o direito ao serviço público como um direito fundamental. É preciso reconhecer a existência de um regime jurídico que assegure a prestação do serviço adequado. Tal regime, informado pelos princípios inerentes à Administração Pública é também composto por princípios específicos, dentre os quais, aqueles diretamente vinculados ao mínimo vital deverão ser tidos como garantias fundamentais, com as conseqüências daí decorrentes. Ou, ainda, deverão ser protegidos pelo princípio da proibição do retrocesso social.

A incessante busca, então, é assegurar que o projeto da Constituição de 1988 possa ser concretizado, afinal, suas normas “não são de difícil aplicação por causa das carências estatais, para dar cabo a todas as formas de sofrimento possíveis de serem superadas pela vida em sociedade; as carências estatais é que são de difícil superação pela inaplicação da Constituição pelos poderes públicos.”

CONCLUSÃO

Os altos níveis de exclusão social que ainda persistem no Brasil, sem embargo de todo o direcionamento de recursos que vem sendo feito, na última década, na tentativa de minimizar as mazelas que acometem os cidadãos brasileiros, demonstram que ainda é tempo de se defender a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, tal como plasmado na Carta Constitucional de 1988.

Tal premissa norteou o presente trabalho, que visa, como restou demonstrado, a releitura democrática e inclusiva do instituto do serviço público, procurando fundamentar, com base na dogmática constitucional, mecanismos que permitam assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais por ele instrumentalizados. Tal leitura almeja, em última análise, a otimização do serviço público como elemento capaz de distribuir riqueza, de gerar desenvolvimento social, mediante a atuação necessária e proporcional do poder público.

Para tanto, foi preciso demonstrar que o serviço público apresenta-se como um direito materialmente fundamental, previsto no art. 175, da Constituição Federal de 1988. Direito fundamental este que exige, para a sua devida concretização, que seja prestado sob um regime jurídico específico (tese 1). Por isso, buscou-se a noção de serviço público adequado, prevista na Lei 8987/95, reconhecendo aos princípios de tal regime jurídico, ligados ao mínimo existencial (universalidade, modicidade e continuidade), a natureza de garantia fundamental (tese 2).

Da caracterização do regime jurídico do serviço público como garantia fundamental decorrem conseqüências importantes, por ser a ele aplicado o regime jurídico dos direitos fundamentais. Tratam-se, assim, de normas como eficácia imediata, que se consolidam como cláusulas pétreas.

Como normas de eficácia imediata, impõem-se o entendimento de que tais princípios vinculam o tratamento conferido aos serviços públicos em espécie,

como decorrência da aplicabilidade imediata que lhe é assegurada pelo art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

De qualquer modo, ciente da dificuldade de se reconhecer o traço de fundamentalidade ao regime jurídico do serviço público, já que sua previsão não integra o catálogo formal da Carta Magna, adotou-se, como reforço, a tese de que, mesmo não sendo considerado garantia fundamental, ainda assim gozará de uma proteção especial no âmbito do ordenamento jurídico. Tal proteção será conferida pelo princípio da proibição do retrocesso social aplicável em relação aos princípios do regime jurídico diretamente vinculados (i) à densificação do núcleo essencial do direito ao serviço público e, também, (ii) às condições que integram o mínimo vital. (tese 3)

A proibição do retrocesso é tomada como um princípio que assegura que a densificação dos direitos sociais feita pela legislação infraconstitucional seja protegida contra a ação do legislador futuro, sob pena do retorno à omissão inconstitucional.

Nesta perspectiva, identificou-se os princípios da universalidade, da modicidade e da continuidade como aqueles que irão assegurar, aos cidadãos, a máxima efetividade dos direitos sociais concretizados através do instituto dos serviços públicos.

A universalidade ou universalização dos serviços impõe que o poder público assegure à toda a coletividade as prestações que indicam as atividades de serviço público.

A modicidade das taxas e tarifas tem por seu núcleo essencial a obrigatoriedade de que o serviço público seja prestado mediante contraprestações módicas, proporcionais e razoáveis. O intuito lucrativo deverá ser mediatizado em prol da concretização dos direitos dos cidadãos.

A continuidade obriga a prestação dos serviços sem interrupções, de maneira a assegurar que os direitos fundamentais sociais, consolidados pelos serviços públicos, sejam permanentemente atendidos.

Adotando-se tal tese admite-se, ainda, que as normas contidas nas demais leis que regulamentam os diversos serviços públicos em espécie, na medida em que condensarem tais princípios com a criação de novas situações de vantagem para os cidadãos, também gozarão da cláusula de blindagem oferecida pelo princípio da proibição do retrocesso social. (tese 4)

Veja-se que a importância de tal afirmativa não se dá somente no sentido de se proibir a revogação expressa do regime jurídico do serviço público pela legislação futura. Implica, também, um dever para o legislador de observar tais princípios na regulamentação dos serviços públicos. Ou seja, caso uma determinada lei, ao regulamentar um serviço específico, não faça referência à universalidade, modicidade e à continuidade, estará tacitamente negando-revogando o citado art. 6º, da Lei 8987/95. Portanto, em uma interpretação conforme a Constituição, esta nova lei deverá ser interpretada de modo a oferecer concreção aos citados princípios.

Defendeu-se, assim, que a definição do serviço público adequado, pelo legislador, criou, para os cidadãos, o direito subjetivo ou algumas posições jurídicas de vantagem, de que o Estado o preste, diretamente ou por meio de seus delegados, de forma universal, contínua e mediante módica contraprestação.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el estado constitucional democratico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In.: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 9-23.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARANTES, Aldo. **O FMI e a nova dependência brasileira**. São Paulo: Alfa Ômega, 2002.

ÁUREA, Adão. **Estado absoluto e o ensino das primeiras letras**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 211, p. 65-77, jan./mar. 1998.

_____. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios a experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, 2002.

_____. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008, p. 603-608.

BALANÇO, Paulo; PINTO, Eduardo Costa; MILANI, Ana Maria. Crise e globalização no capitalismo contemporâneo: alguns aspectos do debate em torno dos conceitos de Estado-nação, Império e Imperialismo.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-205.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLANCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Org.). **Servicio público y policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 41-62.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BORON, Atilio A. Os “*novos Leviatãs*” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?** Petrópolis: Vozes, 1999, p. 7-67.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro, 2008.

BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. Telecomunicações e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VILHENA, Oscar Vieira (Coords.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho; et alii. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: Edibej, p. 115-136.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, n. 15, p. inicial-final, abr./jun. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.

CARBONELL, Miguel. La interpretación constitucional como problema. Prólogo. In: GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008.

CARVALHO, Leandro Sabóia Rinaldi. Receitas alternativas, complementares e acessórias. In: SOUTO, Marcos Juruena Vilela; MARSHALL, Carla C. (Coords.) **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 684-695.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. t. 2.

_____. La crisis de los servicios públicos en Argentina. In: _____ (Dir.). **Servicio público y policia**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 375-401.

CASTELLS, Manuel. Para o estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na Era da Informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SOLA, Lourdes;

WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. Brasília: Imprensa Oficial, 1999.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de: REYNAUD, De Guy. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. 2.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

CHEVALLIER, Jacques. A reforma do estado e a concepção francesa do serviço público. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 3, Brasília, p. 35-58, set./dez. 1993.

CHOMISKY, Noan. **Ou o lucro ou as pessoas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CIMMA, Enrique Silva. **Derecho administrativo chileno y comparado**. El servicio publico. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: **Uma vida dedicada ao direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho.

_____. Direito alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória). In: Evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, 1994, Rio de Janeiro. **Direito alternativo**. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: COAD, 1994.

_____. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1987.

COMBLIN, José. **O neoliberalismo**: ideologia dominante na virada do século. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias – COM (2001) 598, final, p. 24.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; et alii. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. [Local?]: [Editora], 1993. v. 8.

_____. **Direito administrativo do Brasil**. São Paulo: RT, 1958. v. 2.

DALLARI, Adilson Abreu. Conceito de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 112-117, 1996.

_____. Direito ao uso dos serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. inicial-final, 1996.

DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 433-495.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DURKHEIM, Emile. **A divisão do trabalho social**. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Democrazia e costituzione. In: ZAGREBELSKI, Gustavo; et. alii. **Il futuro della costituzione**. Torino: Giulio Einaudi, 1996.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. RDA 165, p. 17-18, jul.set/1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 57-83.

FLEURY, Sônia. **Estado sem cidadãos**: seguridade social na América Latina. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 1994.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, .

_____. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O controle dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Regime dos serviços públicos e a proteção dos consumidores. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 21-50, abr./jun. 2001.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado**. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **O jardim e a praça**: para além do bem e do mal. 409 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Setor de Ciências de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <

http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/19053/1/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf>.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GORDILLO, Agustín. **Derecho administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. II.

_____. **Tratado de derecho administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno.** Tradução de: PATERNOT, Irene A. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Constituição e serviço público. In: **Direito constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264-265.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.
O serviço...

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

GUGLIELMI, J. Gilles; KOUBI, Geneviève. **Droit du service public.** 2. ed. Paris: Montchrestien, 2007.

HABBERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HAYEK, Friederich A. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. A miragem da justiça social. São Paulo: Visão, 1985. v. 2.

Op. cit.

HERNÁNDEZ, Juan Ramón Capella. Estado y derecho em la mundialización (coord.) Madrid: Escuela Judicial, 1999.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5-24.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HOBBSBAWM, Eric. **O novo século**. Entrevista a Antonio Polito. São Paulo: Companhia das Letras.

JÈZE, Gastón. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

Op. cit.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KRELL, Andréas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279-312.

LONG, Marceal; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; *et alii*. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas: XAVIER, Lívio. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **La constitución y los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Serviço público. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 100-113, 1992.
Serviço...

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
Op. cit.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
Direitos...

MENDES, Gilmar Ferreira, et alii. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1989.

MICHELMANN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**. São Paulo: RT, 2009, p. 255-278.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. (edições diferentes)

MODERNE, Frank. La Idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Org). **Servicio público y policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 7-24.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

_____. As estruturas do serviço público. **A&C**. Revista de Direito administrativo e constitucional, Belo Horizonte, a. 4, n. 17, p. 59-85, jul./set. 2004.

_____. O cidadão usuário de serviços públicos na Constituição Federal. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coords.). **Direito público moderno**. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 119-154.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo**: A questão fundamental da democracia. Tradução de: NAUMANN, Peter. Revisão de: BONAVIDES, Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NINO, Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Edisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Contributo para uma teoria do estado de direito:** do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

_____. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

OHMAE, Kenichi. **O fim do estado nação.** Rio de Janeiro: Campos, 1996.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico.** Granada: Comares Editorial, 1999.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública.** Coimbra: Almedina, 2007.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. v. II.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos.** São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil:** para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: 34, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais.** p. 192.

PINTO, Bilac. **A regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Acórdãos do Tribunal Constitucional de Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1984. v. 3.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216; p. 49).

RANGONE, Nicoletta. **Trattato di diritto amministrativo** (a cura di Sabino Cassese). Milano: Giuffrè, 2000.

REYES, Manuel Aragón. La democracia social y economica. Los conceptos economicos y sociales. In: GARCIA-TUNÓN, Ángel Marina. **Economia Y derecho ante el siglo XXI**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

REYES, Manuel Aragón; LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Globalização econômica, política e direito**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

_____. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROJAS, Francisco José Villar. **Privatización de servicios públicos**. Madrid: Tecnos, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de: PUGLIESI, Márcio; LIMA, Norberto de Paula. 7. ed. Curitiba: Hemus, [19--].

SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del estado por omisión en la República Argentina. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103-135.

_____. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalización del derecho**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista da AJURIS: Doutrina e Jurisprudência**, v. 31, n. 95, p. 103-135, set. 2004.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**. São Paulo: RT, 2009, p. 213-254.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**. Orçamento e reserva do possível. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-56.

_____. **A participação popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
Filtragem...

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: WOLFGANG, Ingo Sarlet (org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301-332.

SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. **A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.) **Direito público moderno**. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 97-117.

_____. **Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; et alii (Orgs.). **Teoria da constituição**. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-38.

STERN, Klaus. **Derecho del estado de la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
Op. cit.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 313-339.
O mínimo...

ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 339-346.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 337-352.